Das Pfandrecht an Wertpapieren auf Grund von allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Heinz Thewalt
Gerichtsreferendar aus Trier

Jena 1932
Universitäts-Buchdruckerei G. Neuenhahn, G. m. b. H., Jena

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 12. Dezember 1931.

Berichterstatter: Geheimrat Dr. Manigk.

Meinen Eltern
in Dankbarkeit gewidmet

Abkürzungen.

allg.G.B. = allgemeine Geschäftsbedingungen.
W.P. = Wertpapiere.

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

Adler, P.	Die Bankdepotgeschäfte nach ihrer zivilrechtlichen Seite. Dissertation, Berlin 1905.
Arnold, H.	Rechtsfragen beim Effektengiroverkehr unter besonderer Berücksichtigung des Kunden. Berlin 1926.
Ascher, B.	Die Rechtsgrundlage des stückelosen Effektenverkehrs. Berlin 1927.
Bernstein, W.	in Juristischer Wochenschrift 1925 S. 1523 Anmerkung 3 zu Nr. 3.
Biermann	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Berlin 1914.
Bondi	in Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Bd. 6 S. 885 Nr. 5
Callmann	Das vertragsmäßige Pfandrecht der Banken an den von ihnen im Auftrage eines Kunden angeschafften Effekten, in Bankarchiv 5. Jahrg. (1906) Nr. 23 S. 279.
Deichmann	Effekten-Zentral-Sammeldepots. Effekten-Girodepots nach Einbeziehung der Kundeneffekten in den Giroverkehr auf Grund des geltenden Zivilrechts. Berlin 1929.
Eccius	Einigung und dinglicher Vertrag im Sachenrecht, in Gruchots Beiträge, 47. Jahrg. (1903) S. 52 ff.
Eichholz, M.	Sammeldepots und Effektenlieferungsverkehr, in Juristischer Wochenschrift 1926 S. 1512 ff. und Juristische Wochenschrift 1926 S. 2063 ff.
—	Zur Frage der Verpfändung von Girosammeldepotanteilen, in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 1544/45.
Enneccerus-Kipp-Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. II Abtl. 1, Sachenrecht, 22.—26. Aufl. Marburg 1927.
Erlanger, K.	Eigentumserwerb beim Effektensammeldepot. Berlin 1931.
Felsmann, J.	Die Verpfändung von Inhaberpapieren und indossablen Papieren. Dissertation, Breslau 1906.
v. Gierke	Handelsrecht, 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
Giesecke	Kritik über Dr. Deichmann: Effektenzentralsammeldepots, in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 3722/3724.
Großmann-Doerth	Kritik über Dr. Hamelbeck: Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 3724/25.
Hallbauer	Von den verschiedenen Mitteln, eine Forderung sicherzustellen, insbesondere von der Sicherheitsübereignung, in Recht, Jahrg. 1905 S. 632 ff.
Hamelbeck, B.	Begriff, Arten und Verbindlichkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Berlin 1930.
Handwörterbuch	der Rechtswissenschaft. Berlin und Leipzig 1927/1929.
Heilbrunn, O.	Die rechtliche Bedeutung der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, in Juristischer Wochenschrift 1931 S. 2281.

Herold, G.	in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 3770/71 Anm. B zu 31.
Holländer	Die Entstehung eines Pfandrechts auf Grund von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Verkehrsrechtliche Rundschau 1930 Bd. 9 Sp. 321/22.
Jacobsohn	in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 2234 Anm. 30 B.
Lemaitre, B.	Der Effektenlieferungsverkehr und das Effektengirodepot. Stuttgart 1926.
Liebelt, F. W.	Die Besonderheiten der Verpfändung von Order- und Inhaberpapieren. Dissertation, Breslau 1908.
Linsert, K.	Pfandrecht und Nießbrauch an Aktien. Dissertation, Rostock 1926.
Lion	in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 2330 Anm. 1.
Ludewig, M.	in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 1381/82 Anm. 4 zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 12. Nov. 1929, in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 1381 Nr. 4.
Manigk, A.	Willenserklärung und Willensgeschäft. Ihr Begriff und ihre Behandlung nach Bürgerlichem Gesetzbuch. Berlin 1907.
—	Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht, in Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Bd. II S. 590 ff. Marburg 1931.
—	Die Revisibilität der Auslegung von Willenserklärungen, in Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben. Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichtes, Bd. VI S. 94 ff. Berlin und Leipzig 1929.
Mansfeld	Ueber Pfandindossamente, in Leipziger Zeitschrift 1913 Sp. 417 ff.
Mayer, R.	Die Verpfändung mittels Lagerscheines nach deutschem Reichsrecht. Ihre Besonderheiten gegenüber der gewöhnlichen Lombardierung. Dissertation, Breslau 1912.
Mosse-Heymann	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.
Opitz	Nochmals über die Verpfändung von Girosammeldepotanteilen; zu Eichholz: Juristische Wochenschrift 1928 S. 1544, in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 2603.
—	Zur Entscheidung des Reichsgerichtes vom 20. April 1929, in Juristischer Wochenschrift 1930 S. 1385/86 Anm. 8.
Opitz u. Schultz	Effektengiroverkehr und Sammeldepots, in Jurist. Wochenschrift 1926 S. 473 ff.; ferner in Juristischer Wochenschrift 1926 S. 666 ff.
—	Sammeldepot beim Kassenverein. Sonderbeilage des Bankarchivs Nr. 16 vom 15. Mai 1925 (24. Jahrg.).
—	in Bankarchiv 1928 (27. Bd.) S. 195.
Pinner, L.	Vollstreckung von Ansprüchen auf Lieferung einer bestimmten Quantität vertretbarer Sachen durch Pfändung und Ueberweisung, in Juristischer Wochenschrift 1919 S. 565 ff.
Planck	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1920.
Reichsgerichtsräte-Komment.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 6. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Richter	Die neuen Spediteurbedingungen und ihre rechtliche Anerkennung, in Juristischer Wochenschrift 1920 S. 2034.

Rießer — Das Bankdepotgesetz, 5. Aufl. Berlin 1928.

Ruth, R. — Das Depotgesetz und seine Reform. Marburg 1930.

Senckpiehl — Die Entstehung eines Pfandrechts auf Grund von allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Verkehrsrechtliche Rundschau 1930 Bd. 9 Sp. 145 ff.

— in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 1754 Anm. 1 zu dem Urteil des Oberlandesgerichts vom 4. Febr. 1928, in Juristischer Wochenschrift 1928 S. 1754 Nr. 1.

— Allgemeine Geschäftsbedingungen. Wiesbaden 1922.

Schiedermair — Bedeutung der Geschäftsbedingung einer Bank, daß ihr an allen Vermögenswerten des Kunden, die in ihren Besitz gelangen, ein Pfandrecht gegen den Kunden zustehe, für den Erwerb von Rechten an einem ihr zum Diskont gegebenen Wechsel, in Leipziger Zeitschrift 1925 Sp. 883.

Schultze, A. — Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, in Iherings Jahrb. Bd. 43 S. 1 ff.

Staub — Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. III, 12./13. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Staub-Koenige — Handausgabe des Handelsgesetzbuches, 2. Aufl. Mannheim 1929.

Staub-Stranz — Kommentar zur Wechselordnung, 11. Aufl. Berlin und Leipzig 1926.

Staudinger — Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1926.

Stein-Jonas — Kommentar zur Zivilprozeßordnung, Bd. II, 14. Aufl. Tübingen 1929.

Sternberg — Pfandrecht der Bank an einem ihr von einem Kunden zur Diskontierung übergebenen Wechsel? in Recht und Handel, 1. Jahrg. (1926) Nr. 3 S. 198 ff.

Stranz, M. — in Juristischer Wochenschrift 1926 S. 1548/49 Anm. Nr. 3 zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 8. Dez. 1925, in Juristischer Wochenschrift 1926 S. 1548/49.

Strecker — in Handwörterbuch der Rechtswissenschaften, Bd. III, S. 31.

v. Tuhr — Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. I. Leipzig 1910.

Wenzel, R. — Das vertragsmäßige Pfandrecht an Wertpapieren. Berlin 1906.

Wolff, M. — Der Mitbesitz nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, in Iherings Jahrbücher, Bd. 44 (1902) S. 143 ff.

Wolff, Th. — Begründet das über ein Immobiliarrecht formlos geschlossene Kaufgeschäft einen klagbaren Anspruch auf die Rechtsänderung, in Gruchots Beiträge, Bd. 47 S. 33.

Zitelmann, E. — Uebereignungsgeschäft und Eigentumserwerb an Bestandteilen, in Iherings Jahrbücher, Bd. 70 S. 6 ff.

Einleitung.

Das Wirtschaftsleben hat sich während der letzten Jahrzehnte immer verwickelter gestaltet und in allen Teilen zu Umwälzungen geführt, welche von einschneidender Bedeutung gewesen sind. Nicht allein der Warenhandel, dessen internationale Verflochtenheit besonders in der Nachkriegszeit klar hervorgetreten ist, sondern auch alle jene Einrichtungen, welche notwendige Hilfsgeschäfte des Welthandels sind, wurden von dieser Bewegung ergriffen. Dies gilt besonders von den Banken, deren Bedeutung durch die Wirtschaftsentwicklung der letzten Jahre stark in den Vordergrund getreten ist. Hinsichtlich ihrer tauchte ein ganzer Komplex von Fragen auf, die in der nationalen Wirtschaft einer Lösung harren. Während die Banken in den früheren Zeiten des wesentlich einfacher gestalteten reinen Geldverkehrs lediglich dessen Abwicklung in Händen hatten, verschob sich dieses Bild in dem modernen Wirtschaftsleben insofern erheblich, als neben der reinen Geldwirtschaft die W.P. und deren Handel eine immer größere Rolle spielten. Die Inflationszeit in Deutschland zeigte einen vorher nie geahnten Tiefstand der Geldwirtschaft und eine außerordentliche Höhe des Handels mit W.P. infolge der allgemeinen Flucht in die Sachwerte. Mit dem immer weiteren Aufblühen des Wertpapierhandels mußten sich die Geschäfte der Banken vielseitiger, damit aber auch schwieriger gestalten. Die Ueberwältigung der Mehrarbeit erfordert außer einer straffen inneren Organisation eine Vereinfachung des Geschäftsverkehrs mit dem Publikum durch Schaffung einer einheitlichen, klaren Rechtslage für denselben. Deshalb haben, ebenso wie die Eisenbahn oder das Speditionsgewerbe wegen der Unzahl von gleichgearteten Fällen einheitliche Bedingungen für den Verkehr aufstellten, dies mit der Zeit auch die Banken getan. Hierbei waren wegen der Größe der Betriebe die Großbanken führend. Diese stellten, um eine glatte Abwicklung der Geschäfte zu gewährleisten, allg.G.B. auf, welche für sie und für ihre Kunden bei allen zukünftigen Geschäften verbindlich sein sollten. Im Nachfolgenden soll untersucht werden, welchen Einfluß diese G.B. im einzelnen hinsichtlich des Pfandrechtes an W.P. haben und wie sie rechtlich zu werten sind.

I. Abschnitt.

Die allg.G.B. im Bankverkehr.

1. Ihre Bedeutung und rechtliche Natur.

Die Vereinbarungen, welche in den „allg.G.B. der Banken" urkundlich zusammengefaßt sind, können im wirtschaftlichen Sinne als eine Einheit angesehen werden, sie stellen aber im Sinne des Rechtes keinen einheitlichen Vertrag dar. Die allg.G.B. bestehen vielmehr aus einer Anzahl untereinander rechtlich nicht zusammenhängender, für die Abwicklung verschiedenartiger Geschäfte gegebener Vorschriften, welche sich nicht innerhalb der rechtlichen Grenzen eines bestimmten Geschäftes bewegen. Infolgedessen ist ihre vertragsmäßige Feststellung als eine Summe einzelner zivilrechtlicher Rechtsgeschäfte zu erachten.[1])

Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung Bd. 58 S. 155 die Bedeutung der sog. allg.G.B., wie sie im Bankverkehr handelsüblich geworden sind, dahin formuliert, daß sie im Interesse einer Erleichterung des Geschäftsverkehrs im voraus in typischer Weise die Bedingungen festsetzen, unter welchen der Bankier gewisse Geschäfte zu kontrahieren gesonnen sei. Die Banken geben in gedruckten Formularen ihre allg.G.B. an die Kunden. Die Bedingungen sollen, wenn demnächst ein Geschäftsabschluß erzielt wird, mit ihren Einzelbestimmungen die lex contractus bilden.[2]) Dadurch werden sie alsdann sowohl für die Bank, welche die Bedingungen aufgestellt hat, als auch für den Bankkunden bindend. Von letzterem muß nach den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehr erwartet werden, daß er die ihm übergebenen generellen und speziellen Vertragsbestimmungen geprüft hat.[3]) Eine weitergehende Bedeutung haben die allg.G.B. ohne weiteres nicht. Jedenfalls aber wird lediglich durch Annahme und Billigung eines von der Bank überreichten Formulars, welches die allg.G.B. enthält, unter denen der Bankier kontrahieren will, kein selbständiger Vertrag geschlossen. Die aufgestellten Bedingungen sind vielmehr nur dafür bestimmt und geeignet, Bestandteile der demnächst zum Abschluß gelangenden Verträge zu werden. Das kommt in vielen allg.G.B. auch schon dadurch zum Ausdruck, daß in den vorgedruckten Bedingungen eine Erklärung des Kunden steht, inhalts deren die Maß-

---

1) Urteil des RG. vom 22. Okt. 1907 in JurW. 1907 S. 851 Nr. 31.

2) RG. in JurW. 1930 S. 633 und Manigk in Reichsgerichtspraxis, Festschrift S. 158.

3) RG. 13, 77.

geblichkeit der allg.G.Bedingungen für die zu erteilenden Aufträge anerkannt wird. Eine solche Erklärung würde etwa lauten: „Alle W.P. . . ., die für Rechnung des Geschäftsfreundes in den Besitz oder die Verfügungsmacht des Bankhauses gelangen, haften ihm vom Zeitpunkte der Anerkennung dieser Bedingung ab als Pfand für alle künftigen Forderungen gegen den Geschäftsfreund und seine Firma, auf welchem Grund sie auch bestehen mögen.“

Selbst dann, wenn die allg.G.B. nicht die ausdrückliche Bestimmung enthalten, daß sie nur für künftige Geschäfte zwischen Banken und Kunden gelten sollen, wird man regelmäßig von der oben dargelegten Bedeutung ausgehen können. Wenn beide Teile mit den allg.G.B. einverstanden sind, dann ist dies in der Regel so gemeint, daß die Bedingungen lediglich den Abschluß künftiger Rechtsgeschäfte vorbereiten sollen. Hierdurch will man es ersparen, in jedem einzelnen Falle erst eine Willensübereinstimmung über die Bedingungen herbeizuführen, was wegen der Mannigfaltigkeit der Geschäfte zeitraubend wäre. Kommt dann später ein Geschäft zwischen den beiden Parteien zustande und wird von keiner Seite aus vor Abschluß desselben Widerspruch erhoben, dann bilden die allg.G.B. ohne weiteres einen Teil des gesamten Inhalts des Vertrages, da beide Parteien einen dahingehenden Willen zum Ausdruck gebracht haben. Die Bindung der Parteien beruht dann allein auf der von ihnen in dem betreffenden Einzelfalle erklärten Willensübereinstimmung, wobei allerdings hinsichtlich der Bestimmungen der allg.G.B. die Kundgebung des beiderseitigen Willens stillschweigend vor sich geht. Es geht aber auch der Wille der Parteien, im voraus erklärt, dahin, daß er stillschweigend weiter gelten solle. Hieraus folgt, daß die ursprüngliche Vereinbarung über die Geltung der allg.G.B. nur eine Auslegungsregel für den zukünftigen Vertragswillen aufstellt.[4]) Es bedarf einer neuen Willenskundgebung eines der Vertragsschließenden, um die allg.G.B. ganz oder zum Teil durch andere Bedingungen zu ersetzen.[5])

Jedoch nicht immer kommt den allg.G.B. nur die Bedeutung von Bestandteilen künftiger Verträge zu. Wenn nämlich zwischen dem Bankier und dem Kunden allg.G.B. vereinbart werden, so ist ihnen ein lediglich die künftigen Geschäftsabschlüsse vorbereitender Charakter insoweit nicht beizulegen, als nach dem Wortlaute derselben die beiden Vertragsteile mit dem Zustandekommen eines künftigen, wenn auch stillschweigenden Abschlusses gar nicht mehr gerechnet haben, vielmehr ihr übereinstimmender Wille dahin ging, daß die Rechtsfolgen auch ohne Hinzutreten irgendeiner neuen Willens-

---

4) Manigk in Reichsgerichtspraxis, Festschrift S. 159, 181.
5) Vgl. RG. 84, 2/3; JurW. 1914 Nr. 24 S. 159.

einigung im gegebenen Falle eintreten sollen. Solchermaßen hat die Vereinbarung die Natur eines selbständigen Vertrages, dessen Rechtsfolgen unmittelbar eintreten, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein Vertragsteil seinen Willen nachträglich geändert hat.[6]) Die Rechtswirkungen auf Grund der allg.G.B. entstehen hier nicht nur dann, wenn z. B. der eine Teil ausdrücklich ein Rechtsgeschäft abschließt, sondern auch ohne und selbst gegen seinen Willen, u. U. sogar ohne sein Wissen. Ob eine auf eine G.B. sich beziehende Vereinbarung nach dem Willen der Beteiligten sich als solchen selbständigen Vertrag darstellt, richtet sich nach dem Inhalt der betreffenden G.B., z. B. wenn es heißt: „Alle Wertpapiere . . ., die für Rechnung des Geschäftsfreundes in den Besitz oder die Verfügungsmacht der Bank gelangen . . ., haften ihr als Pfand für alle bestehenden und künftigen Forderungen gegen den Geschäftsfreund und seine Firma, auf welchem Grunde sie auch bestehen mögen." (§ 13 Abs. II der allg.G.B. der Vereinsbank in Hamburg); ferner noch weitgehender § 12 Abs. I der allg.G.B. der Deutschen Bank und Diskontgesellschaft: „Wertstücke, insbesondere Wertpapiere, . . . welche aus irgendeinem Anlasse in den unmittelbaren oder mittelbaren Besitz oder die — sei es rechtliche, sei es tatsächliche — Verfügungsgewalt einer Niederlassung der Bank gelangt sind, dienen der Bank als Pfand zur Sicherheit für alle gegen den Kontoinhaber aus irgendeinem Anlasse begründeten Ansprüche jeder Art, auch wenn diese befristet oder bedingt sind." In solchem Falle soll eine sich auf die betreffende Bestimmung der allg.G.B. beziehende Vereinbarung nach dem Vertragswillen beider Parteien notwendig den Abschluß eines selbständigen Vertrages mit dem rechtlichen Inhalte in sich schließen, daß ein Pfandrecht an W.P. eintretenden Falles auch ohne den Abschluß irgendeines neuen Rechtsgeschäftes, ja selbst gegen den zukünftigen Willen der Kunden entstehen solle. Das Pfandrecht kommt hier nicht nur dann zur Entstehung, wenn der Kunde im Geschäftsverkehr W.P. mit der ausdrücklichen Bestimmung übergibt, daß sie als Pfand dienen sollen, sondern auch ohne dessen dahingehenden Willen, ja sogar dann, wenn die Papiere von einem unbefugten Dritten der Bank übergeben wurden oder durch Zufall in ihren Besitz gelangten.[7]) Auch dann hat die Vereinbarung zwischen dem Kunden und der Bank die Natur eines selbständigen Vertrages, wenn die allg. G.B. die Bestimmung treffen, daß mit der Uebergabe eines Wechsels oder Schecks an die Bank auch die Forderung selbst übertragen werde. Es muß aber alsdann die für dieses Rechtsgeschäft bestehende

---

6) JurW. 1914 S. 159/60.

7) RG. 84, 4/5; RG. in JurW. 1929 S. 319; Entsch. KG. Bd. 122 S. 77; Heilbrunn in JurW. 1931 S. 2281/82.

Form eingehalten werden; von diesen Sonderfällen abgesehen, besteht völlige Formfreiheit. [8]) Es kann jedoch zweifelhaft sein, ob ohne weiteres auch ein Pfandrecht entsteht an solchen W.P., die in Zukunft gegen den Willen des Kunden in den Besitz der Bank gelangen, da der Wille des Kunden sicherlich dahin gehen wird, daß das Pfandrecht nur dann entstehen soll, wenn die Besitzerlangung mit seinem Willen vor sich geht. Man wird hier sagen können, daß es zur Zeit der Besitzerlangung an einem übereinstimmenden Willen fehlt und daher in einem solchen Falle gültiges Pfandrecht nicht zustande kommt. [9])

2. Die Berechtigung zur Aufstellung und die Veröffentlichung maßgeblicher allg.G.B.

Da die Bedeutung der allg.G.B. besonders dann, wenn auf sie bezügliche Vereinbarungen von vornherein den Charakter eines selbständigen Vertrages haben sollen, für die Parteien eine sehr einschneidende ist, so fragt es sich zunächst, wer berechtigt ist, solche allg.G.B. aufzustellen. Es ist davon auszugehen, daß die Aufstellungen von allg.G.B. bei den Hilfsgeschäften des Handels, die sich zu einem Massenverkehr ausgebildet haben, eine Notwendigkeit ist [10]), da die Vorschriften des BGB. vielfach nicht ausreichen. Im Bankverkehr ist ein Bedürfnis nach solchen Bedingungen aber nur bei größeren Banken vorhanden, weshalb auch nur diese allg. G.B. herauszugeben pflegen. Nur bei den Großbanken können somit allg.G.B. für die einzelnen Geschäftsabschlüsse, selbst wenn sie dem Kunden der Bank nicht bekannt waren, maßgebend werden, vorausgesetzt jedoch, daß sie ordnungsmäßig veröffentlich worden sind und nicht unübliche Bedingungen enthalten. [11]) Die von größeren Bankunternehmungen veröffentlichten allg.G.B. haben deshalb allein verpflichtende Kraft für jedermann, weil das Publikum mit dem Bestehen solcher Bedingungen bei den Großbanken rechnet. [12]) Daraus ergibt sich, daß sich nicht jeder Geschäftsmann auf Bedingungen berufen kann, die er in geeigneter Weise veröffentlicht hat, da hier der in Betracht kommende Kundenkreis mit den allg.G.B. nicht rechnet. [13]) Was unter einem größeren Bankunternehmen zu verstehen ist, ergibt sich aus dessen Art und Umfang und nach dem, was das Publikum zur Zeit als solches ansieht. Was darüber hinaus unter

8) Staub, Anm. 17 zu § 346 HGB. S. 28.
9) Vgl. Großmann-Doerth in JurW. 1930 S. 3724/25.
10) Senckpiehl S. 10.
11) RG. 103, 85.
12) RG. 109, 304.
13) Staub-Koenige, Anm. 5 zu § 346 HGB. S. 620.

einem größeren Bankunternehmen zu verstehen ist, bemißt sich nach der Verkehrsübung. Hierbei kommen auch örtliche Gewohnheiten in Frage, ferner schaffen tatsächliche Feststellungen die Grundlage. Es ist nicht ohne weiteres anzunehmen, daß jede Bank allg.G.B. herausgeben darf, vielmehr ist die Stellung der Bank im Verkehrsleben maßgebend.[14])

Sollen die allg.G.B. der Bank ohne weiteres jedem aus dem Publikum gegenüber maßgebend werden, so müssen sie auch der Allgemeinheit zur Kenntnis gelangt sein, es muß also eine gehörige Veröffentlichung stattgefunden haben.[15]) Das kann entweder durch öffentlichen Anschlag an geeigneten Stellen geschehen oder durch Anzeigen in Zeitungen. Jedenfalls muß die Allgemeinheit, wenigstens aber der Kundenkreis, welcher für die Bank in Betracht kommt, von den allg.G.B. Kenntnis erhalten können. Unter Umständen wird es erforderlich sein, die Veröffentlichung zu wiederholen. In der Regel wird ein Anschlag im Geschäftsraum nicht genügen, jedenfalls dann nicht, wenn es sich um einen wechselnden Kundenkreis handelt, da ein solcher Anschlag nur in der Richtung von Bedeutung sein kann, ob dem einzelnen Kunden beim Abschlusse eines Geschäftes Kenntnis von den Bedingungen gegeben ist. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Kunde die Kenntnis erlangen mußte, sofern er sich ihr nicht entziehen wollte. In dem in der Entsch.R.Ger. Bd. 103 S. 86/87 behandelten Falle, in welchem ein Plakat im Kontorraum der Bank unter einem anderen Plakat und in der Nähe von Landkarten aufgehängt war, dasselbe einen längeren Text enthielt und der Satz über die Haftungsbeschränkungen nicht besonders groß gedruckt war, hat das R.Ger. jenes verneint. Ein Aushang oder Anschlag in den Geschäftsräumen genügt auch im Falle seiner Erkennbarkeit nicht, wenn der Auftraggeber nur durch einen Boten die Bestellung aufgegeben hat, es sei denn, daß dem Boten die Bedingungen mitgegeben worden sind und der Auftraggeber schweigt oder dieser sonstwie von dem Aushang oder Anschlage Kenntnis erlangt haben mußte.[16]) Nur wenn die Veröffentlichung in gehöriger Weise erfolgt ist, können demnach die Bedingungen und deren Abänderungen in den beteiligten Kreisen bekannt und so zum allgemeinen Gut werden.[17]) Daher kann also ein kleines Unternehmen durch Zeitungsinserate oder Rundschreiben diejenigen Kunden, die später mit ihm in Verbindung treten, selbst wenn sie die Bedingungen in den Veröffentlichungen gelesen haben, nicht an seine allg.G.B. binden. Denn

---

14) RG. 103, 86.
15) RG. 109, 304; hierüber ausführlich Hamelbeck S. 34/35.
16) Staub, Anm. 17 zu § 346 HGB. S. 30.
17) R.O.H.G. Bd. 12, 314.

das Publikum kann daraus noch nicht schließen, ob wirklich auf Grundlage dieser Kundmachung abgeschlossen werden soll.[18])

Die Rechtswirksamkeit der allg.G.B. — sowohl in dem einen wie in dem anderen obenerwähnten Sinne — setzt ferner inhaltlich voraus, daß sie nicht gegen die guten Sitten verstoßen. Wenn sie einen sittenwidrigen Inhalt haben, sind sie nach § 138 BGB. nichtig. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie eine wirtschaftliche Knebelung des anderen Teiles herbeiführten. Indessen kann, wenn eine Bank über den Umfang des Zurückbehaltungsrechtes nach § 369 BGB. hinaus sich zur Sicherung aller ihrer jeweiligen Ansprüche gegen ihren Kunden an allen in ihren Besitz gelangenden W.P. und sonstigen Vermögenswerten desselben ein Pfandrecht ausbedingt, darin keine Knebelungsvereinbarung erblickt werden. Denn solches kann nicht als etwas ungewöhnlich Belastendes gelten, wenn eine Bank sich durch solche Ausbedingung Sicherheit für ein Guthaben zu verschaffen und sich vor Verlusten zu bewahren sucht. Der Kunde ist auch durch jene der Bank nicht ausgeliefert, da es dem Kunden frei steht, mit einer anderen Bank Geschäfte abzuschließen.[19]) Deshalb kann auch bei Großbanken von einer Monopolstellung derselben nicht gesprochen werden, so daß auch die Bestimmung des § 10 der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. 11. 1923 in einem derartigen Falle nicht in Betracht kommt.

In Fällen, in denen allg.G.B. ihre Bedeutung nur darin haben, daß sie nur im Falle eines künftigen Vertragsschlusses Vertragsbestandteil werden, fallen sie mit dessen Ungültigkeit von selbst.[20]) Ferner können nach den Vertragsgrundsätzen nicht durch die Unterwerfung unter G.B. verbotene und unsittliche Geschäfte wirksam gemacht werden. Alle allg.G.B. bedürfen einer Auslegung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte.[21]) Daher sind Unklarheiten in den allg.G.B. zuungunsten der Bank auszulegen, welche sie herausgegeben hat. Die Einrede der Arglist greift Platz, wenn sich eine Bank auf die Ungültigkeit ihrer Bedingungen beruft, nach welchen sich die Kunden gerichtet haben.[22])

3. Die Unterwerfung unter die allg.G.B.

Die ausdrückliche Anerkennung der allg.G.B. ist die sicherste Art der Unterwerfung unter diese. Ein Kunde unterwirft sich selbst dann den Bedingungen, wenn er sie anerkennt, ohne sie zu kennen. An-

---

18) Staub, Anm. 17 zu § 346 S. 30.

19) Entsch. O.L.G. in L. Z. 1925 Sp. 883.

20) Hamelbeck S. 40.

21) RG. in Warn. R.G.Z. Jahrg. 1930 Nr. 3 S. 36/37: Urteil vom 30. November 1930.

22) Vgl. hierzu RG. in JurW. 1927 S. 1588: Urteil vom 19. März 1927.

dererseits macht die bloße Kenntnis, daß bei der Bank allg.G.B. bestehen, diese nach richtiger Auffassung noch nicht zu einem Vertragsbestandteil.[23]) Was die Erfordernisse der ausdrücklichen Anerkennung anbetrifft, so bedarf es nicht der Schriftlichkeit. Allerdings ist die Anerkennung dann zweifellos, wenn der Kunde die Bedingungen unterzeichnet oder wenn er oder sein Vertragsgegner in seiner Erklärung auf dieselben Bezug nimmt, auch wenn die G.B. nicht beilagen[24]), namentlich bei längerer Geschäftsverbindung. Die Anerkennung kann ferner dadurch erfolgen, daß in der Auftragsnote die Bedingungen ausdrücklich als maßgebend bezeichnet werden[25]), nicht aber durch bloßen Stempelaufdruck auf Briefen.[26]) Eine Anerkennung der Bedingungen kann auch dadurch erfolgen, daß die Bedingungen mit dem Zusatz „Kenntnis genommen“[27]) oder „gesehen“[28]) unterzeichnet an den Vertragsgegner zurückgesandt werden. Maßgebend ist hier immer, ob mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte nach den Umständen, dem Bildungsgrad und dem Verständnis der Parteien eine Annahme der Bedingungen gewollt war. So hat das R.Ger. in seiner Entsch. JurW. 1930 S. 633 erkannt, daß nach Lage der Umstände des damaligen Falles, in welchem nur der Bankkunde von der Bank einen Abdruck der G.B. der letzteren zugesandt erhalten und ihr den Empfang und ihr Einverständnis damit bescheinigt hatte, dem Bankkunden damit lediglich habe erklären wollen, daß für in der Zukunft etwa vorkommende Fälle von Geschäftsabschlüssen die Bedingungen der Bank gelten sollten.

Da der Allgemeinheit bekannt ist, daß die Banken ihre Geschäfte unter Zugrundelegung von allg.G.B. abzuschließen pflegen, ist derjenige, welcher mit einer Bank ein Geschäft eingeht, an deren Bedingungen gebunden, wenn er vorher Gelegenheit hatte, von dem Inhalte derselben Kenntnis zu nehmen[29]), was im Streitfalle die Bank zu beweisen hat. Einen solchen Beweis sichert sie sich durch ein vom Kunden auf ihr Ersuchen ausgestelltes Empfangsbekenntnis. Allerdings kann, während in den Vermerken „gesehen“ und „Kenntnis genommen“ die Erklärung liegt, daß der Kunde die allg.G.B. durchgelesen hat und daß er keinen Widerspruch dagegen erheben will, eine solche Erklärung in einem von dem Kunden geforderten

23) RG. in Gruchot Bd. 64 S. 341.
24) KG. in O.L.G. 41, 216.
25) JurW. 1926 S. 1676 Nr. 1.
26) Staub-Koenige, Anm. 5 zu § 346 HGB. S. 620.
27) Warn.Respr. 1911 Nr. 362.
28) RG. vom 4. Mai 1898 in JurW. 1898 S. 396 Nr. 37; JurW. 1914 S. 160; gleich RG. 84, 7 = RG. vom 11. Nov. 1913; hierüber ferner ausführlich JurW. 1929 S. 319/20: Urteil vom 22. Sept. 1928.
29) Entsch. O.L.G. in JurW. 1926 S. 609: Urteil vom 20. Nov. 1925.

und abgegebenen bloßen „Empfangsbekenntnis“ noch nicht gefunden werden, und zwar weder in dem Bekenntnis zum Empfange der Briefe der Bank, noch auch in dem Bekenntnis zum Empfange der allg.G.B.

Auch wenn die Bank in ihrem Briefe zwar zum Ausdruck bringt, daß die mitgesandten allg.G.B. im Verkehr mit ihren Kunden maßgebend sein sollten, so fordert sie dennoch von dem Kunden keine dahingehende „Bestätigung“.[30]) In solchem Falle kommt es daher auch nicht sofort zu einer Willenseinigung der Parteien hinsichtlich der Geltung der allg.G.B. der Bank, sondern erst später, wenn es zwischen der Bank und dem Kunden zu einem Geschäftsabschluß kommt, wird der Inhalt der allg.G.B. für beide Parteien maßgebend, aber dann durch stillschweigende Vereinbarung, da der Kunde dem später auf der Bank abgeschlossenen Geschäfte die allg.G.B. zugrunde legt. Dadurch werden sie jedesmal für ihn verbindlich. Auch wenn er bei Vornahme des späteren Geschäftes sich nicht besonders auf die Bedingungen bezieht, unterliegt ohne weiteres jedes Geschäft, welches er nach Empfang derselben mit der Bank abschließt, diesen allg.G.B., es sei denn, daß er ausdrücklich die Anwendbarkeit derselben ausschließt. Infolgedessen können sich die Banken mit Wirksamkeit für spätere Geschäfte lediglich den Empfang ihrer allg.G.B. bestätigen lassen, ohne daß der Kunde eine Kenntnisnahme oder Anerkennung derselben zum Ausdrucke bringt. Denn wenn die Bank sich auch darauf beschränkt, den Kunden zu ersuchen, nur eine Empfangsbestätigung unterzeichnet zurückzusenden, so ist es rechtlich möglich und wahrscheinlich, daß sie den Kunden zu einer rechtsgeschäftlich bindenden Erklärung der Unterwerfung unter die Bedingungen veranlassen wollte. Sie verlangt nur deshalb nicht eine schriftliche Erklärung des Einverständnisses mit den Bedingungen, um die Aufwendung von Stempelabgaben zu vermeiden, die an eine solche Erklärung geknüpft sind.[31])

Der Bankkunde unterwirft sich also durch das bloße Empfangsbekenntnis nicht mit sofortiger Wirkung den allg.G.B., die einzelnen Bestimmungen der Bedingungen binden ihn noch nicht, sie haben vielmehr nur vorbereitenden Charakter.[32]) Sie werden als vorbereitende Bestimmungen für den Bankkunden nur dann verbindlich, wenn es künftig zu einem Vertragsabschlusse mit der Bank kommt, auf den sich die Bestimmungen beziehen, und der Kunde nicht widerspricht. Hierzu bleibt er berechtigt. Denn da die allg.G.B. noch nicht

---

30) JurW. 1929 S. 320: Urteil des RG. vom 22. Sept. 1928.

31) RG. 84, 6/7; JurW. 1931 S. 2282.

32) RG. in JurW. 1930 S. 633: Urteil vom 22. Okt. 1929; JurW. 1928 S. 3041; zum Teil abweichend Großmann-Doerth in JurW. 1930 S. 3725.

Gegenstand einer vertraglichen Bindung geworden sind, so steht es jedem Teile frei, dieselben für einen einzelnen Geschäftsabschluß außer Kraft zu setzen.[33])

Eine weitere Folge daraus, daß die Bestimmungen lediglich Bestandteile künftiger Verträge werden sollen, ist die, daß sie nicht für Geschäftsvorfälle gelten, die auf Grund eines nichtigen oder nicht zustande gekommenen Vertrages oder überhaupt ohne Anlehnung an einen Vertrag eingetreten sind.[34]) Ferner kann sich aus demselben Grunde die Pfandklausel nicht auf Vermögensstücke des Kunden erstrecken, welche die Bank nicht auf Grund eines Vertrages mit dem Kunden, sondern auf andere Weise in den Besitz genommen hat, z. B. weil ein Dritter sie für Rechnung des Depots des Kunden eingeliefert hat. Wegen des vorbezeichneten Charakters laufen deshalb auch die Fristen erst vom Abschlusse des Vertrages an, dessen Bestandteil sie werden, was von Bedeutung ist bei der Frage der Anfechtbarkeit der Verpfändung nach der Konkursordnung und beim Rechtserwerb kraft guten Glaubens.[35])

Hinsichtlich der Form des Empfangsbekenntnisses macht es keinen Unterschied, ob die Erklärung unter die allg.G.B. selbst gesetzt war, oder ob sie in einem besonderen Briefe erfolgt ist, der auf die allg.G.B. Bezug nimmt, da diese dadurch zu einem Bestandteil des Briefes geworden sind.[36]) Eine körperliche Verbindung, feste oder lose, ist ebenfalls nicht erforderlich.[37])

Bei der Frage, inwieweit die allg.G.B. stillschweigend als Bestandteil des Bankvertrages Geltung erlangen können, ist zu unterscheiden zwischen denjenigen G.B., die nur eine notwendige Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen bilden, und denjenigen, durch welche die gesetzlichen Bestimmungen zuungunsten der Bankkunden abgeändert oder außer Kraft gesetzt werden. Nur die ersteren können stillschweigend vereinbart werden. Für sie gilt die Erwägung, daß jeder Kunde wissen muß, daß die Banken ihren Geschäftsabschlüssen allg.G.B. zugrunde zu legen pflegen, die in Ergänzung der gesetzlichen Bestimmungen die vertraglichen Bestimmungen im einzelnen regeln. Hier wird das Wissenmüssen des Kunden dem tatsächlichen Wissen gleichgestellt. Dies ergibt sich daraus, daß auch die Zurechnung des Tatbestandes einer Willenserklärung von den Grundsätzen des Vertrauensschutzes beherrscht wird, welche z. B. in § 157 BGB. deutlich als gesetzliche Elemente des Tatbestandes der Willenserklärung

33) RG. 122, 79.

34) Bernstein in Bankarchiv 1905 S. 166.

35) Vgl. hierzu gegen die Auffassung des RG. Heilbrunn in JurW. 1931 S. 2281/82.

36) JurW. 1914 S. 160/61 Nr. 24: Urteil des RG. vom 11. Nov. 1913.

37) RG. 105, 292: Urteil vom 24. Okt. 1922; RG. 84, 8.

zu erkennen sind. Dieser Tatbestand liegt in einem Verhalten, dessen rechtsmaßgeblicher Sinn nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bestimmt wird. Das Stillschweigen des Kunden erlangt Wirksamkeit durch den Erklärungsschein ohne Rücksicht auf die Willenswirklichkeit.[38] Hiernach gelten die allg.G.B. der Banken selbst dann, wenn der Kunde die einzelnen Bestimmungen nicht kannte, aber, wie vorstehend ausgeführt, kennen mußte, als stillschweigend vereinbarter Vertragsinhalt.[39]

Indessen wird man dies nicht annehmen können, wenn die Bestimmungen eine freiwillige Unterwerfung des Kunden von vornherein ausgeschlossen erscheinen lassen.[40] Dies wird in der Regel dann anzunehmen sein, wenn der Kunde auf gesetzliche Rechte zugunsten des Bankiers verzichten soll, wozu für den Kunden im allgemeinen keine Veranlassung bestehen wird, zumal wenn durch einen solchen Verzicht die Sorgfaltspflicht des Bankiers unter Umständen erheblich vermindert würde. Infolgedessen wird es bei so gearteten Bestimmungen nicht genügen, daß die allg.G.B. veröffentlicht oder im Geschäftslokale des Bankiers angeschlagen sind, sondern es ist die ausdrückliche Feststellung erforderlich, daß der Kunde die Bestimmungen im Falle eines Geschäftsabschlusses gekannt und sich mit ihnen einverstanden erklärt hat. In einem solchen Falle kann also die bloße Kenntnis des Kunden von dem Bestehen allg.G.B. nicht zu der Annahme einer stillschweigenden Vereinbarung führen.[41] Liegt aber in den Bestimmungen der allg.G.B. keine Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen zuungunsten des Kunden, so wird man in dem Falle, wenn dem Kunden die Bedingungen zugeschickt werden, das Verhalten desselben, welches nicht ausdrücklich Widerspruch ist, als Zustimmung aufzufassen haben, mithin als Annahme des z. B. auf Verpfändung gerichteten Antrages der Bank. Auch das Schweigen des Kunden würde diese Wirkung schon haben.[42] Hinsichtlich der Rücksendung eines bloßen Empfangsbekenntnisses an die Bank wurde oben bereits dargelegt, daß zwar nicht ein Vertrag mit sofortiger Wirkung eintritt, daß aber die allg.G.B. für alle künftigen Geschäfte zwischen der Bank und dem Kunden als stillschweigend vereinbart anzusehen sind. Denn durch das spätere Abschließen von Geschäften zeigt der Kunde ein Verhalten, welches nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Aeußerung eines Rechtsfolgewillens zu verstehen ist. Dies wird auch dann anzunehmen sein, wenn der Kunde tatsächlich nicht weiß, daß sein Verhalten dem

---

38) Manigk, Beiträge zum Wirtschaftsrecht S. 591 und 597/98.
39) Vgl. Richter in JurW. 1929 S. 2034.
40) RG. 103, 86: Urteil vom 26. Okt. 1921.
41) Richter in JurW. 1929 S. 2034.
42) Großmann-Doerth in JurW. 1930 S. 3724/25.

Empfänger etwas erklärt, oder was es erklärt.[43]) Wenn hiernach die Bank dem Kunden ihre allg.G.B. zur Anknüpfung einer Geschäftsverbindung übersendet und dann Geschäfte geschlossen werden, so sind die Bedingungen als genehmigt anzusehen.[44])

Die bei Gelegenheit eines Angebotes mitgeteilten allg.G.B. gelten unter Kaufleuten auch für alle zukünftigen Geschäfte, selbst dann, wenn das Angebot nicht zu einem Abschlusse geführt hat.[45]) Allerdings wird es hierbei darauf ankommen, wie lange es zeitlich zurückliegt, daß die Bedingungen den Kunden zugeschickt wurden. Wenn Jahre seit der Zusendung vergangen sind, so kann von einer Wirksamkeit der allg.G.B. nicht mehr gesprochen werden.[46])

Dies gilt aber nicht bloß unter Kaufleuten. Denn auch dann, wenn die Bank zur Einleitung einer Verbindung ihre Bedingungen einem Privatmann übermittelt und einige Zeit später Geschäfte gemacht werden, gelten die Bedingungen.[47]) Es steht dieser Annahme nicht entgegen, daß sich die Banken in der Regel bei Anknüpfung einer neuen Geschäftsverbindung sowie auch bei Wiederaufnahme einer aufgegebenen, die Anerkennung ihrer G.B. von dem Kunden ausdrücklich bestätigen lassen. Insoweit handelt es sich nur um eine Vorsichtsmaßregel der Banken. Beachtet die Bank diese Maßregel nicht, so wird dadurch die Anwendung der allg.G.B. nicht ausgeschlossen.[48])

Eine Sonderstellung nehmen die allg.G.B. ein, die sich zu Handelsbräuchen entwickelt haben. Besteht ein Handelsbrauch, demzufolge die allg.G.B. ohne weiteres wirksam werden, so werden die Bedingungen regelmäßig nicht erwähnt. Sie gelten dann wegen ihrer Eigenschaft als Handelsbräuche als vereinbart.[49]) Jedoch gibt es keinen Handelsbrauch, nach welchem sich derjenige, der einmal mit einer Großbank in Geschäftsbeziehungen tritt, deren G.B. unterwirft, wenn er das Gegenteil nicht zum Ausdruck bringt. Treu und Glauben verlangen, daß eine Bank, welche ihre Kunden auf ihre G.B. festlegen will, diese darauf hinweist. Sind also die allg.G.B. keine Handelsbräuche, so werden sie nur durch Vereinbarung Bestandteil eines Vertrages.[50])

Kommen die allg.G.B. zur Anwendung, so ergibt sich aus deren sinngemäßer Auslegung, daß sie nur solche Ansprüche betreffen können, welche entweder unmittelbar dem Vertragsverhältnis zwischen

43) Manigk, Beiträge S. 639—642.
44) L.Z. 1915 Sp. 705 Nr. 12; JurW. 1918 S. 236.
45) Hans. RGZ. 1917 S. 252.
46) Warn. Respr. 1913 Nr. 44; Staub-Koenige, Anm. 5 zu § 346 S. 620.
47) RG. in Bankarchiv 24 S. 456 Nr. 1.
48) Vgl. RG. in JurW. 1927 S. 1467: Urteil des RG. vom 12. März 1927.
49) KG. in JurW. 1928 S. 1754 Nr. 1: Urteil des KG. vom 4. Febr. 1928.
50) Staub, Anm. 17a zu § 346 HGB.

der Bank und dem Kunden entspringen oder doch wenigstens zu diesem Vertragsverhältnis und der darauf gegründeten Geschäftsverbindung in einem wenn auch nur mittelbaren rechtlichen Zusammenhang stehen. Enthalten die G.B. bei der Bestimmung, daß der Bank an den W.P. der Kunden ein Pfandrecht zustehen soll, den Zusatz: „gleichviel aus welchem Rechtsgrunde diese Papiere in den Besitz der Bank gelangen", so erstreckt sich diese Klausel, abgesehen von unmittelbaren Vertragsansprüchen, nur auf solche Forderungen anderer Art, die durch einen mittelbaren rechtlichen Zusammenhang die Vertragsbeziehung zur Grundlage haben.[51])

4. Abänderung und Abweichen von den allg.G.B.

Die allg.G.B. können von den Banken beliebig einseitig geändert werden, obwohl solche Aenderungen auch Bedenken erregen können. Da die Bedingungen in der Regel allen Verträgen zwischen der Bank und den Kunden zugrunde gelegt werden, so ruft eine Aenderung naturgemäß eine Störung der bisherigen Uebung hervor.[52]) Deshalb wird die Bank vor allem wesentliche Bestimmungen der allg.G.B., z. B. solche über das Pfandrecht an W.P., nur dann abändern, wenn sie dieselben neuen Gesetzen oder einer neuen Richtung der Rechtsprechung oder einer neuen Auslegung der allg.G.B. anpassen will oder wesentliche Umwälzungen in wirtschaftlicher Beziehung dazu zwingen. Es können sie dazu auch rein banktechnische Neuerungen bringen, wie z. B. die Einrichtung von Sammeldepots, von denen später noch die Rede sein wird.

Die Abänderung der allg.G.B. geht in derselben Weise vor sich wie die Neueinführung. Indessen ist bei einer Aenderung der Unternehmer nicht ganz so frei gestellt, wie es bei der Neueinführung der Fall ist. Während er bei Neueinführung von allg.G.B. die Wahl hat, in welcher Weise er sie bekanntmachen will, muß er bei der Abänderung diese in derselben Art vornehmen, wie er die abzuändernden oder abgeänderten bekanntgemacht hat, zumal niemand mit solchen Abänderungen zu rechnen braucht.[53]) Das Publikum muß sich auf dem gleichen Wege über den Inhalt der allg.G.B. unterrichten können, auf welchem es sich bisher zu unterrichten gewohnt war. Eine Abweichung hiervon würde Verwirrung des Publikums zur Folge haben. Veröffentlicht der Unternehmer die Bedingungen auf andere Weise, so können die Abänderungen für den abzuschließenden Vertrag nur maßgebend werden, soweit er dadurch die

---

51) KG. in JurW. 1928 S. 1754 und Lion in JurW. 1928 S. 2330 Anm. 1.
52) Senckpiehl S. 39/40 § 10.
53) Staub, Anm. 17 zu § 346 HGB. S. 28/29.

Kenntnis oder, wie vorstehend dargelegt, das Kennenmüssen der Kunden begründet.[54]) Befindet sich in den allg.G.B. eine Bestimmung darüber, in welcher Weise etwaige Abänderungen vorgenommen werden, so muß sich der Unternehmer in der Zukunft danach richten, da sonst die Abänderung ungültig ist.

Während die Abänderung der allg.G.B. von der Partei ausgeht, welche die allg.G.B. aufgestellt hat, beruht die Abweichung in der Regel auf der Initiative des Gegners. Soll eine Abweichung von den allg.G.B. wirksam sein, dann bedarf es einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen der Bank und dem Kunden. Die Abweichung kann soweit gehen, daß der Kunde die allg.G.B. sogar völlig ausschließt. Uebersendet der Kunde der Bank die Empfangsbestätigung über die allg.G.B. und schließt er darin ausdrücklich die Unterwerfung aus, so kommt eine Vereinbarung darüber nicht zustande. Gleichzeitig hat dies aber auch die weitere Wirkung, daß dadurch ein Aenderungsfaktor für künftige Verträge, wie die Banken solche zu schaffen wünschen, nicht gegeben wird. Wenn die Bank erklärt, sie wolle nur auf Grund der allg.G.B. abschließen, der Kunde aber zum Ausdruck bringt, er lehne es ab, auf Grund dieser Bedingungen abzuschließen, und die Bank dazu schweigt, so kann man, wenn sich die Bank später auf Geschäfte mit dem Kunden eingelassen hat, nicht sagen, daß der Kunde die Bedingungen als lex contractus anerkannt hätte. Die Ausschließung der Anwendbarkeit einzelner Bestimmungen kann sich im Einzelfalle auch aus dem Inhalte der mündlichen Abmachungen und den Umständen des Vertragsschlusses stillschweigend ergeben.[55])

5. Nachträgliches Außerkraftsetzen und Außerkrafttreten der allg.G.B.

Die Beantwortung der Frage, ob der Kunde berechtigt ist, durch einseitige Erklärung die allg.G.B. außer Kraft zu setzen, wird sich danach richten, welche Art von G.B. zwischen ihm und der Bank vereinbart worden sind. Wie oben unter 1. ausgeführt, können die allg.G.B. entweder Auslegungsregeln für künftige Geschäftsabschlüsse sein, oder aber sie haben von vornherein rechtsverbindlichen Charakter. Im ersteren Falle kann der Kunde die allg.G.B. durch einseitige Erklärung ohne weiteres außer Kraft setzen. Sind aber, wie im zweiten Falle, die Bedingungen rechtsverbindlich geworden, dann wird man unterscheiden müssen:

54) Senckpiehl S. 40 § 10.
55) Seuff. Arch. Bd. 80 Nr. 73.

Hat die einzelne G.B. obligatorische Bedeutung, wie beispielsweise bei der Bestimmung „der Bank steht an allen Werten ihrer Kunden, die in ihren Besitz gelangen, ein Zurückbehaltungsrecht zu“, dann ist ein einseitiger Rücktritt des Kunden nicht möglich. Hier erwirbt die Bank ein Zurückbehaltungsrecht, selbst wenn der Kunde zugleich mit der Uebersendung des W.P. ausdrücklich eine gegenteilige Bestimmung getroffen hat.

Möglicherweise hat eine Bestimmung der allg.G.B. auch nur dinglichen Charakter. Dies gilt z. B. von der Bestimmung: „Die Bank erwirbt an allen Werten ihrer Kunden, in deren Besitz sie gelangt, ein Pfandrecht.“ Sie enthält keine Verpflichtung für den Kunden, sondern die dingliche Einigung über künftige Pfandbestellungsverträge i. S. der §§ 1205, 1274, 1292 BGB., zu welcher Einigung noch die Uebergabe des Wertgegenstandes zur Entstehung des Pfandrechtes hinzutreten muß. Der Kunde erteilt dadurch der Bank die Ermächtigung, die Werte in Pfandbesitz zu nehmen. Mit der Inbesitznahme kommt das Pfandrecht zur Entstehung. Jedoch muß zur Zeit der Uebergabe die Einigung über die Pfandbestellung noch bestehen. Die Bank muß den Besitz der Werte mit dem Willen des Kunden als Verpfänders erlangen, die Willensübereinstimmung muß also zur Zeit der Besitzerlangung noch vorhanden sein. Wenn also der Kunde seine Zustimmung vor der Besitzerlangung der Bank zurücknimmt, kommt es nicht zur Entstehung des Pfandrechts und die Bestimmung der allg.G.B., daß die Bank an allen Werten ihrer Kunden, in deren Besitz sie gelangt, ein Pfandrecht erwerbe, tritt durch jene Zurückziehung außer Kraft. Ein typischer Fall solcher Außerkraftsetzung stellt die Uebersendung von Wechseln an eine Bank zum Diskontieren dar, wovon noch unten unter II 2 die Rede sein wird.[56])

Es ist aber auch möglich, daß eine Bestimmung der Geschäftsbedingungen gleichzeitig sowohl obligatorischen, wie auch dinglichen Charakter hat. So könnte man in der Bestimmung: „Der Kunde räumt der Bank ein Pfandrecht . . . ein“, gleichzeitig einen schuldrechtlichen Verpfändungsvertrag und die dingliche Einigung über die künftigen Pfandbestellungsverträge erblicken. Dann bliebe der Kunde an die schuldrechtliche Verpflichtung gebunden und könnte sie nicht einseitig außer Kraft setzen; einer Klage desselben auf Herausgabe der Werte müßte der Erfolg versagt werden.[57])

---

56) Vgl. Staudinger, Anm. 1γ zu § 1205 BGB., RG. 126, 350 ff. und Herold in JurW. 1930 S. 3770 ff., Anm. B zu Nr. 31.

57) Herold in JurW. 1930 S. 3770, Anm. B zu 31.

II. Abschnitt.

Voraussetzung der Entstehung des Pfandrechtes auf Grund von allg. G.B.

1. Allgemeine Grundsätze.

Das Wesen des Pfandrechtes besteht nach § 1204 BGB. darin, daß eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung in der Weise belastet wird, daß der Gläubiger bei Fälligkeit seiner Forderung berechtigt sein soll, Befriedigung aus der Sache zu suchen. Da es sich also um die Belastung einer Sache handelt, ist das Pfandrecht ein dingliches Recht. Daraus ergibt sich, daß der Pfandgläubiger während des Bestehens des Pfandrechts eine rechtliche Herrschaft an der Sache hat, und zwar sowohl dem Eigentümer als auch jedem Dritten gegenüber. Daher kann der Gläubiger jede Einwirkung verbieten, die ihn in seinem Herrschaftsrecht verletzen würde, welches bezweckt, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, sich bei Fälligkeit seiner gesicherten Forderung (Pfandreife) durch Verwertung der Sache zu befriedigen.[58]) Das in den §§ 1292 und 1296 BGB. geregelte Pfandrecht an W.P., stellt nach Darstellung des Gesetzes eine Unterart des Pfandrechtes an Rechten dar. Nicht nur wegen seiner großen wirtschaftlichen Bedeutung, sondern auch wegen seiner in der Doppelnatur der W.P. als körperlicher Gegenstände und zugleich als Träger des in ihnen verbrieften Rechtes begründeten eigenartigen gesetzlichen Normierung, welche sich als eine Verquickung der Vorschriften über das Pfandrecht an Sachen und solches an Rechten darstellt, nimmt das Pfandrecht an W.P. eine derartige Sonderstellung ein, daß man es als gleichwertig neben die beiden anderen Arten stellen kann. Es spricht aber nur der § 1296 BGB. ganz allgemein von W.P. Bei den übrigen Vorschriften handelt es sich lediglich um indossable und Inhaberpapiere, unter Ausschluß der dritten Art von W.P., den Rektapapieren, deren Verpfändung sich nach den für das Pfandrecht an Rechten gegebenen Vorschriften richtet.[59]) Ein Pfandrecht kann nur an eigentlichen W.P. bestellt werden, nicht dagegen an solchen, die lediglich Beweisurkunden sind. So können z. B. Versicherungsscheine, die nur Legitimationsurkunden sind und kein Recht verkörpern, für sich allein nicht Gegenstand eines Pfandrechts sein. Auch ein Hypothekenbrief kann als solcher nicht verpfändet werden, sondern nur zusammen mit der Hypothek und in der hierfür erforderlichen

58) Linsert S. 6.
59) Liebelt S. 2.

Form.[60]) Ferner kann ein Pfandrecht an einem W.P. dann nicht bestellt werden, soweit eine Uebertragung des Rechtes aus dem W.P. ausgeschlossen ist.[61])

Bei dem Pfandrecht an einem Orderpapier oder Inhaberpapier erscheint es nach außen hin, als ob lediglich die Urkunde selbst Gegenstand des dinglichen Rechtes sei. Auch die Ausdrucksweise des Gesetzes geht dahin. Es stellt die Inhaberpapiere in § 1293 BGB. durch die Unterstellung ihrer Verpfändung unter die für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Vorschriften den körperlichen Gegenständen gleich; in dem § 1292 BGB. ist bei der Verpfändung eines indossablen Papiers nur von der Uebergabe des Papiers selbst die Rede. In beiden Fällen tritt also die körperliche Uebergabe gegenüber dem verbrieften Rechte in den Vordergrund. Jedoch kann es sich nicht um die Verpfändung des Stückes Papier allein handeln, da dieses an sich so gut wie gar keinen Wert darstellt. Vor allem aber vermag es auch für den Pfandgläubiger keine Sicherheit für eine Forderung zu gewähren. Das Entscheidende ist daher das Recht aus dem Papier, und somit hat auch das Pfandrecht zu seinem wesentlichen Gegenstande nicht die Urkunde, sondern das darin verkörperte Recht.[62])

Das in der Urkunde verkörperte Recht ist im Interesse seiner zweckmäßigen Nutzbarmachung so untrennbar mit dem Papiere verbunden, daß es sich nicht von ihm freizumachen vermag, und ist von dem Schicksal des Papiers derart abhängig, daß es ohne dasselbe nicht geltend gemacht werden kann, sondern dieses zu jeder Art der Verwertung nötig hat, also auch zur Begründung eines Pfandrechtes.[63]) Wegen der Verknüpfung des Rechtes aus dem Papier mit dem Recht an dem Papier ist auch das Pfandrecht an den W.P. vom Gesetze grundsätzlich so geregelt, als ob lediglich das Papier den Gegenstand der Verpfändung bildete, also nach den Vorschriften des Fahrnispfandrechtes. Hierdurch unterscheiden sich diese Papiere wesentlich von den Rektapapieren, bei denen die Natur als Recht überwiegt und deshalb das Recht aus dem Papier auch maßgebend ist für das Recht am Papier, welches nur als Zutat des Rechtes gilt, dessen Träger es ist. Bei ihrer Verpfändung wird daher auch nur das verbriefte Recht als Gegenstand des Pfandrechtes angesehen, weshalb bis auf die Besonderheit des § 1296 BGB. die allg. Vorschriften über das Pfandrecht an Rechten, die §§ 1274 ff. BGB., zur Anwendung kommen.

---

60) Staudinger, Anm. I, 1e zu § 1204 BGB.

61) Bondi in Handwörterbuch Bd. VI S. 885 Nr. 5; vgl. auch Staub, Anm. 3 zu § 222 HGB.

62) Motive zum BGB. Bd. III S. 868.

63) Liebelt S. 8.

Was nun die Voraussetzungen der Entstehung des Pfandrechtes an W.P. anbetrifft, so weichen jene bei Inhaberpapieren und Orderpapieren voneinander ab. Wie schon Art. 309 Abs. II Nr. 1 des A.H.G.B. stellt der jetzige § 1293 BGB. die Inhaberpapiere hinsichtlich des Pfandrechtes den beweglichen Sachen gleich, indem er bestimmt, daß für das Pfandrecht an einem Inhaberpapier die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§§ 1204—1258) gelten sollen. Mithin vollzieht sich die Bestellung des Pfandrechtes an einem derartigen Papier in derselben Weise, wie an einer Fahrnissache.[64]) Es ist also neben der an keine Form gebundenen Einigung des Pfandgläubigers und des Verpfänders darüber, daß dem ersteren das Pfandrecht zustehen soll, die Uebergabe des Papiers nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 1205 und 1206 erforderlich. Die Begründung des Pfandrechtes an Inhaberpapieren unterliegt auch im übrigen, da nur die Vorschriften über das Pfandrecht an beweglichen Sachen zur Anwendung kommen, nicht den Bestimmungen der §§ 1273—1290 BGB., weshalb auch die für das Pfandrecht an Rechten in § 1273 ausgeschlossenen §§ 1208 und 1213 Abs. II Anwendung finden. Die in § 1280 BGB. geforderte Anzeige an den Drittschuldner ist nicht erforderlich. Die Bestellung eines Pfandrechts an einer Aktie, deren Orderqualität ausgeschlossen ist, erfolgt durch formlose Einigung und Uebergabe der Urkunde. Bei der vinkulierten Namensaktie richtet sich die Belastung mit einem Pfandrecht nach der zur Uebertragung der Aktie notwendigen Regel. Es ist außer der Einigung die Zustimmung der Gesellschaft und die gerichtliche oder notarielle Beglaubigung der Verpfändungserklärung erforderlich. Wird eine Pfandbestellung ohne die Zustimmung der Gesellschaft oder ohne die sonstigen Erfordernisse vorgenommen, so ist sie nichtig.[65])

Während die Bestellung des Pfandrechtes an Inhaberpapieren nur die Einigung und Uebergabe voraussetzt, stellt das BGB. in Uebereinstimmung mit Art. 309 Abs. II Nr. 2 des A.H.G.B. für die Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papieres, das durch Indossament übertragen werden kann (Orderpapier), nach § 1292 BGB. als drittes Erfordernis die Indossierung des Papieres auf. Infolge der Doppelnatur des Orderpapieres, nämlich der eines Rechtes und der einer Sache, ist ein Pfandrecht nur an einem Bestandteile dieser Rechtseinheit unmöglich. Es ergibt sich hieraus ein wesentlicher Unterschied von den sonstigen Regeln, die für die Verpfändung von Rechten maßgebend sind. Nach § 1274 BGB. ist für die Bestellung des Pfandrechtes an Rechten die Befolgung der für die Uebertragung des betreffenden Rechtes geltenden Vorschriften erforderlich.

64) M. Wolff in Iherings Jahrbücher Bd. 44 S. 202 und Felsmann S. 40.
65) Linsert S. 8 Ia und S. 14.

Wenn zur Uebertragung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich ist, so müssen die Vorschriften der §§ 1205, 1206 BGB. befolgt werden, da sonst nach § 1280 BGB. die Verpfändung einer Forderung, zu deren Uebertragung der Abtretungsvertrag genügt, nur wirksam ist, wenn der Gläubiger sie dem Schuldner anzeigt. Da das im Papier verbriefte Recht mit dem Papier unlöslich verbunden ist, so folgt es auch bezüglich der Verpfändung den für die Verpfändung von Orderpapieren durch § 1292 BGB. gegebenen Vorschriften, d. h. denen der Einigung und Uebergabe des indossierten Papiers.

Für die Bestellung des Pfandrechts an Namensaktien sind keine speziellen Vorschriften im Gesetze aufgestellt. In § 223 Abs. 1 HGB. ist über die Namensaktie nur bestimmt, daß der Eigentumsübergang einer derartigen Aktie auf einen anderen bei der Gesellschaft anzumelden und im Aktienbuch zu vermerken ist. Diese Vorschrift bezieht sich aber nur auf die Uebereignung, nicht auf die Verpfändung. Soll ein Pfandrecht entstehen, so genügt die Uebergabe des indossierten Papiers, ohne daß die im § 223 Abs. 1 HGB. vorgeschriebene Formalität beachtet wird. [66])

Hinsichtlich derjenigen indossablen Papiere, welche Traditionspapiere (Dispositionspapiere) sind, bestehen wegen der ihnen innewohnenden dinglichen Wirkung in bezug auf das Gut, über das sie ausgestellt sind, Besonderheiten. Es muß unterschieden werden zwischen der Verpfändung des indossierten Papiers selbst und der Verpfändung der Ware mittels des Dispositionspapiers. Bei der Verpfändung des Papiers selbst entstehen keine Rechte an dem Gut, sondern nur an der Forderung, welche in der Urkunde verkörpert ist. Es liegt also keine Verpfändung der verbrieften Ware darin, daß das Traditionspapier selbst nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 1273 ff. BGB. durch Einigung und Uebergabe des nicht mit Indossament versehenen Papiers verpfändet wird. Soll aber bei der Verpfändung eines Dispositionspapiers die Ware, über welche die Urkunde lautet, verpfändet werden, dann bedarf es zur Bestellung des Pfandrechtes an dem Traditionspapier und damit an der Ware selbst gemäß § 1292 BGB. der sachenrechtlichen Einigung und der Uebergabe des mit ordnungsmäßigem Indossament versehenen Papiers. Eine Verpfändung ohne diese Form gemäß § 1205 Abs. II BGB. durch Uebertragung des mittelbaren Besitzes, d. h. Abtretung des Herausgabeanspruches und Anzeige an den unmittelbaren Besitzer, ist mit dem Zwecke des Dispositionspapiers unverträglich und daher unmöglich. [67])

---

66) Linsert S. 17 Nr. 5; über die Entstehung des Pfandrechtes an Namensaktien: Linsert S. 12 Ib.

67) Felsmann S. 39; Staub, Anm. 23 und 30 zu § 368 HGB.; über die Verpfändung mittels Lagerscheines: Mayer S. 21.

Die Verpfändung von Rektapapieren erfolgt nach den Regeln, die für die vollständige Uebertragung gelten, nämlich durch Einigung und Uebergabe der Urkunde. Eine Anzeige von der Verpfändung an den Schuldner ist auch hier nicht erforderlich, da der Pfandgläubiger durch den Besitz des Papieres ausreichend gesichert ist. [68])

An Nebenpapieren (Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen) kann ein selbständiges Pfandrecht begründet werden. [69])

2. Die Einigung.

Wie oben unter 1. dargelegt, setzt die vertragsmäßige rechtsgeschäftliche Bestellung des Pfandrechtes, abgesehen von dem Vorhandensein einer gültigen Forderung, deren Erfüllung durch sie gesichert werden soll, als Erstes die Einigung zwischen Eigentümer und Gläubiger darüber voraus, daß diesem das Pfandrecht zustehen soll. [70]) Hierzu gehört einerseits Einigung über die zu sichernde Forderung, andererseits auch darüber, daß der Gläubiger gerade wegen dieser Forderung das dingliche Recht der Befriedigung aus der Sache haben solle. Der Unterschied zwischen der Pfandbestellung und sonstigen Besitzüberlassungen liegt darin, daß dem Gläubiger nach dem Willen der Beteiligten die Möglichkeit zustehen soll, sich aus der Pfandsache zu befriedigen, indem er die Sache verkauft. Dies fehlt bei der Einräumung des bloßen Zurückbehaltungsrechtes, aber auch bei der Uebergabe von Vollmachten oder sonstigen Ermächtigungspapieren (Legitimationspapieren). [71])

Die Einigung ist an eine besondere Form nicht gebunden. Ebensowenig bedarf es eines bestimmten Vertragsinhaltes. [72]) So genügt es denn auch, wenn sich die Parteien gemäß den oben im 1. Abschnitte dargelegten Grundsätzen auf der Grundlage der allg.G.B. geeinigt haben. Bei der Einigung über die Pfandbestellung muß jedoch die Forderung, die gesichert werden soll, und der Gegenstand, welcher der Pfandhaftung unterworfen wird, erkennbar bezeichnet werden. Es ist als hinreichende Spezifizierung anzusehen, wenn in den allg.G.B. der Banken bestimmt wird, daß alle W.P. verpfändet sein sollen, die infolge einer Geschäftsverbindung in den Besitz einer Bank gelangen, und daß die W.P. des Kunden für die Forderungen verpfändet wer-

---

68) Hierüber Wenzel S. 54; Linsert S. 14 und Staub, Anh. zu § 365 HGB. Anm. 1.

69) Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 716.

70) Hierüber Felsmann S. 41.

71) Vgl. Staudinger, Anm. 1a zu § 1205 BGB.

72) Felsmann S. 15.

den, die aus der Geschäftsverbindung entstehen werden.[73]) Dem Schuldner braucht von der Einigung über eine Pfandbestellung, wie sie sonst nach § 1280 BGB. erforderlich ist, bei der Verpfändung von Orderpapieren nach § 1274 Abs. I Satz 2 BGB. keine Mitteilung gemacht zu werden.[74]) Die Einigung muß auf Begründung eines Pfandrechtes gehen. In einer zur Sicherheit für eine fällige Forderung erfolgten Uebergabe eines in blanco indossierten Wechsels ist nicht notwendig eine Verpfändung des Wechsels zu erblicken, da auch eine fiduziarische Eigentumsübertragung des Wechsels vorliegen kann. Die Worte „in Depot geben" haben nicht ohne weiteres die Bedeutung „zum Pfand geben".[75]) Zwar werden die W.P. zur Sicherheit für eine fällige Forderung in das Depot gegeben, aber diese Sicherheit ist auch ohne Verpfändung möglich.[76])

Was die Rechtsnatur der Einigung anbetrifft, so ist es sehr bestritten, ob sie für sich allein (auch bei der Besitzübertragung) ein Rechtsgeschäft ist und einen Vertrag darstellt. Die Vertragsnatur der bloßen Einigung wird aber schon deshalb abzulehnen sein, weil sie für sich allein die von den Parteien gewollte Rechtswirkung nicht herbeiführt, sondern nur zusammen mit der Uebergabe.[77]) Aber zusammen mit der Uebergabe ist sie ein Rechtsgeschäft, und zwar ein abstrakter Vertrag.[78]) Unerheblich ist es, ob die Parteien bei der Einigung ausdrücklich von einer Verpfändung gesprochen haben. Es können auch andere Bezeichnungen gebraucht werden, wie Depot, Deckungsgeschäfte, Lombardierung. Nur muß die Absicht erkennbar geworden sein, daß eine Verpfändung geschehen soll.[79]) Ein dinglicher Vertrag liegt jedoch nur dann vor, wenn sich beide Parteien über den unmittelbaren Eintritt einer sachenrechtlichen Wirkung einigen. In diesem Falle nennt das Gesetz den dinglichen Vertrag Einigung im engeren technischen Sinne. Einer solchen Einigung fehlt ihrem Inhalte nach das obligatorische Moment. Einigen sich aber die Parteien über die Begründung einer Verpflichtung, dann schließen sie nur einen schuldrechtlichen Vertrag.[80])

Wesentlich ist nun die Frage, in welchem Zeitpunkte das Pfandrecht zur Entstehung gelangt. Im Gesetz ist nicht vorgeschrieben, daß die Einigung und die Uebergabe gleichzeitig oder unmittelbar auf-

---

73) R.O.H.G. 19, 84.
74) Felsmann S. 15.
75) R.O.H.G. 7, 172; ferner Liebelt S. 11 Nr. 1.
76) Felsmann S. 16.
77) Vgl. Manigk 8. Kap. § 162 S. 659/33; § 168 S. 691 u. § 169 S. 696; ferner Biermann III. Vorbem. 5b S. 3—5; Enneccerus-Kipp-Wolff § 11, II und die dort zitierte Literatur.
78) Biermann a. a. O.
79) Wenzel S. 12.
80) Lehmann in Handwörterbuch Bd. VI S. 552 ff.

einanderfolgend vorgenommen werden müssen. So braucht also das W.P. im Zeitpunkte der Einigung noch nicht vorhanden zu sein, es kann auch die Bestellung des Pfandrechtes an einer erst später entstehenden Sache vereinbart werden. Möglich ist also z. B. die Einigung bezüglich einer Inhaberschuldverschreibung, die erst noch ausgegeben werden soll. Noch weniger aber braucht das Papier im Zeitpunkte der Einigung vorzuliegen. Es kann vielmehr eine Einigung auch zur Bestellung eines Pfandrechtes an solchen Inhaberpapieren erfolgen, welche der Gläubiger erst später für Rechnung oder im Auftrage des Pfandbestellers oder aus einem sonstigen Grunde in seinen Besitz bekommen wird.[81]) Jedoch gelangt das Pfandrecht dann erst zur Entstehung mit dem Vorhandensein der zu verpfändenden Sache und der unten unter 3 näher zu besprechenden Uebergabe.[82]) Ob eine solche Vereinbarung vor Entstehung der Sache eine obligatorische Bindung zum Abschlusse eines Pfandbestellungsvertrages darstellt, hängt von den Umständen des Falles ab. Ohne weiteres ist aus der dinglichen Einigung noch kein Anspruch zur Pfandbestellung abzuleiten, wohl aber kann nach dem durch Auslegung solcher Einigung zu schöpfenden Willen der Beteiligten oder aus dem zugrunde liegenden obligatorischen Rechts- und Schuldverhältnis ein derartiger Anspruch zu folgern sein.[83])

Es ergibt sich nun aber die Frage, ob Einigung über die Pfandbestellung schon im voraus vor der Uebergabe mit der Wirkung, daß mit dieser das Pfandrecht entstehen solle, getroffen werden kann. Diese Frage ist sehr bestritten. Die Gegner der Ansicht, daß eine wirksame Einigung über die Pfandbestellung schon v o r der Uebergabe möglich ist, machen geltend, daß im Gesetz das Einigwerden, die Einigung, nur für den Fall erwähnt werde, wenn der Erwerber bereits im Besitze der Sache sei und nun zur tatsächlichen Herrschaft über die Sache die Einigung darüber hinzutritt, mit welcher Rechtsstellung das Haben der Sache weiterbestehen soll. Die Einigung beziehe sich hier also auf die bereits besessene Sache und sei zeitlich dasjenige, was den Vertrag, durch welchen über die Sache verfügt wird, fertig mache. Für die Zeit v o r der Uebergabe werde im Gesetz irgendeine Wirkung des Einigwerdens nicht erwähnt. Es genüge n i c h t, daß die Parteien durch gegenseitige Erklärungen, die sofort oder sonst rechtzeitig ausgetauscht würden, darüber einig geworden seien, daß ein k ü n f t i g e r Uebergabeakt ein Pfandrecht an einer bestimmten Sache begründen soll. Das Einigsein müsse also zur Zeit der Ueber-

---

81) Wenzel S. 12.

82) Staudinger, Anm. I, 1c zu § 1204 BGB.; Komm. R.G.R., Anm. 7 zu § 1204 BGB. und Linsert S. 8, Ia.

83) Komm. R.G.R., Anm. 1 zu § 1205 BGB. und Staudinger, Anm. 1a γ zu § 1205 BGB.

gabe bestehen und sich genau auf diese Uebergabe beziehen, es gebe keine Gebundenheit an eine vorangegangene Abrede, welche eine beabsichtigte Uebergabe mit einer bestimmten dinglichen Wirkung ausstatten solle. Die bloße Abrede, daß ein in Zukunft beabsichtigter Uebergabeakt mit der Kraft ausgerüstet sein solle, ein bestimmtes Recht zu begründen, verpflichte nicht, auch entspringe aus ihr kein Schuldverhältnis. Es könne jedoch allenfalls die frühere Einigung eine Bedeutung für die Willensauslegung bei der Uebergabe erlangen, wenn sich aus dem Hergange bei dem Uebergabeakt ergebe, daß die frühere Einigung als ein Einigsein zur Zeit der Uebergabe und gerade mit Bezug auf diese fortwirke. Da aber die der Uebergabe vorangehende Einigung über die Rechtsänderung, die sich an die Uebergabe anschließen soll, keine obligatorische Gebundenheit begründe, so entstehe auch keine dingliche Rechtsstellung an der Sache. Eine Verfügung über die Sache erfolge erst durch einen Vertrag, welcher Einigung und Uebergabe in sich schließe. Einen Vertrag könne man also hiernach nur die Einigung nennen, welche bei beweglichen Sachen mit dem bisherigen Inhaber der Sache dahin erfolge, daß er sie nunmehr als Pfandgläubiger behalten soll. Dieser Vertrag sei mit der Wirkung ausgestattet, daß eine bis dahin unwirksame Verfügung über den Gegenstand in Kraft gesetzt werde. Hieraus folge, daß auf die Einigung, die erst nachher als dinglicher Vertrag perfekt werde, die Grundsätze der allgemeinen Fälle über den Vertragsschluß nicht Anwendung finden könnten. Es seien weder die der Uebergabe vorausgehende Einigung noch die Uebergabe, welche unter bestehender Einigkeit des Uebergebenden und des Erwerbers über die Begründung eines an beweglichen Sachen zulässigen dinglichen Rechtes erfolgt, Verträge, auf welche die Bestimmungen des allg. Teiles des BGB. über Verträge kraft Gesetzes anzuwenden wären.[84]) Es habe nach der ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers die Annahme einer zweimaligen Vertragsschließung, die Konstruktion der Einigung als Leistungsgeschäft im Verhältnisse zum Kausalvertrage daher keinen Ausdruck finden sollen.[85]) Ferner wird geltend gemacht, das BGB. fordere mit gutem Grunde in dem Falle eines Eigentumsüberganges nach § 929 BGB. eine Uebergabe in Einigkeit über den Eigentumsübergang, weshalb es auch hier nicht genüge, daß sich die Parteien früher einmal geeinigt hätten. Indessen werde die bei der Uebergabe noch vorhandene Einigkeit oft daraus erkannt werden können, daß die Parteien sich vorher geeinigt hätten und eine Willensänderung nicht ersichtlich sei. So auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 83 S. 229/30, das R.Ger.

84) Eccius in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 52—67.
85) Th. Wolff in Gruchots Beitr. Bd. 47 S. 39.

in seinem Urteil vom 2. Februar 1925 in JurW. 1925 S. 1523 sowie Entsch. O.L.G. Bd. 44 S. 246, 247 Nr. 71. Die Einigung liege dann regelmäßig in der auf das Kausalgeschäft folgenden Uebergabe ohne weiteres. Ebenso Ludwig in JurW. 1930 S. 1381/82, Anm. 4, weshalb mit Recht die Praxis einer Erklärung, daß die Sache „verkauft und übergeben“ sei, die Einigungserklärung entnehme. Da eine der Uebergabe vorausgehende Einigung nicht binde, so binde noch weniger ein bloßer Einigungsantrag, wenn auch kein Anlaß vorliege, die Gebundenheit an einem Uebereignungs- (Einigungs- und Uebergabe-) Antrag nach den allgemeinen Grundsätzen zu bezweifeln. [86])

Im Gegensatz zu der vorstehend wiedergegebenen Ansicht nimmt die herrschende Meinung an, daß eine wirksame Einigung auch vor der Uebergabe der Sache zustande kommen könne. [87]) Gegen eine solche Möglichkeit spreche nicht der Wortlaut des § 929 BGB., in welchem die Uebergabe vor der Einigung als Erfordernis der Uebertragung des Eigentums genannt sei, denn dann müßte, wenn dies beweisend wäre, die Uebergabe sogar vor der Einigung liegen, was aber eine Uebergabe kurzerhand wäre, welche im § 929 Satz 1 nicht mitbehandelt worden sei. Auch die Gegenwartsform des § 929 BGB., daß beide Parteien „einig sind“, beweise nicht, daß die Einigung erst bei der Uebergabe eingetreten sein dürfe, sondern könne höchstens bedeuten, daß das Einigsein, wenn es auch vorher eingetreten sei, doch im Augenblicke der Uebergabe noch andauern müsse. Unter diesem Andauern könnte aber rechtlich nur verstanden werden, daß inzwischen unter den Parteien keine Willensänderung erfolgt sei. Jedenfalls aber läge in dem Erfordernis des Einigseins nicht, daß die Einigung erst im Augenblicke der Uebergabe zustande kommen soll. Man dürfe den im Gesetz gebrauchten Ausdruck Einigsein überhaupt nicht pressen. Jedenfalls könne eine volle Gleichzeitigkeit der beiden Akte (Einigung und Uebergabe) nicht gemeint sein, höchstens eine zeitliche Verbindung derart, daß die Besitzeinräumung mit der Einigungserklärung des Einräumenden und der Besitzerwerb mit der Einigungserklärung des Erwerbers zeitlich zusammenfällt. Selbst dann, wenn die Sache noch nicht zugegen gewesen sei, könne die Einigung schon vorher erfolgen. Der Besitzerwerb sei dann nur eine Folgehandlung gemäß dieser Einigung. In solchen Fällen würde es allerdings meist zutreffen, wenn man in dem nachherigen Besitzerwerb einen wiederholten Ausdruck des Willens, die Sache zu Eigentum zu erwerben, erblicke, wenn auch der entscheidende Entschluß schon vorher gefaßt worden sei. Daß eine Einigung schon vor der Uebergabe wirksam zustande kommen könnte, ergäbe sich aber

---

86) M. Wolff in Enneccerus-Kipp-Wolff II, 1. Abtl. § 66 I, 4 und § 163 I, 1.
87) Liebelt S. 12 Nr. 2.

auch daraus, daß der Erwerber nach der Einigung jemanden beauftragen könne, für ihn den Besitz zu erwerben. In einem solchen Falle sei der Eigentumserwerbswille schon vor dem Besitzerwerb vorhanden. Wenn dies möglich sei, so träfe es aber auch in allen Fällen zu. Auch der Besitzerwerb könne wieder in zeitlich getrennte Akte zerfallen. Ferner sei es nicht richtig, wenn man meine, die Besitzeinräumung durch den Uebereignenden falle stets mit seiner dinglichen Einigungserklärung zusammen. Wollten die Parteien z. B., daß die Besitzübertragung erst später erfolge, so fehle gesetzgeberisch der genügende Grund, ihnen diese Möglichkeit zu nehmen. Ein solcher Fall sei dann gegeben, wenn die Uebergabe nicht von Person zu Person, sondern durch einen Boten erfolgen soll. Hier sei der Bote nicht Träger eines wiederholten Einigungsantrages. Hieraus ergäbe sich, daß sich die beiden Ereignisse der Einigung und Uebergabe zeitlich trennen könnten. Die Einigung als Ganzes (Antrag wie Annahme) könne im zeitlichen Abstande der Uebergabehandlung des Uebereignenden und dem Besitzerwerbe des Empfängers vorausgehen [88]), nur müsse der Besitzübergang auf der Willenseinigung beruhen. [89]) Besonders auch in der Entsch. des RGer. Bd. 84 S. 5 = JurW. 1914 Nr. 24 S. 160, unter Bezugnahme auf JurW. 1905 S. 290, ist der Standpunkt dargelegt, daß die Einigung für die Begründung des Pfandrechtes mit dem Besitzerwerbe zeitlich nicht zusammenfallen brauche, es daher rechtlich auch keinen Unterschied mache, ob die Einigung dem Besitzerwerbe vorangehe oder ihm nachfolge, ebenso, ob die Einwilligung des Eigentümers in den Besitzwechsel der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorangehe oder ihr nachfolge oder an eine Bedingung geknüpft sei. [90])

Die letztere Ansicht, daß die Einigung der Uebergabe vorangehen kann, hat gegenüber der ersteren nicht nur den Vorzug, daß sie eine zu enge Auslegung des Gesetzes vermeidet, sondern sie wird auch dem Parteiwillen gerecht. Es liegt nicht in der Absicht der Parteien, erst in dem späteren Entschlusse zum Besitzerwerb den entscheidenden Entschluß zum Eigentumserwerb bzw. Pfanderwerb zu erblicken. Bei einer solchen Auslegung des Parteiwillens würden auch Schwierigkeiten auftauchen, weil der Entschluß zum Besitzerwerbe in der Regel nicht gegenüber dem Uebereignenden oder Verpfänder erklärt wird, was jedoch grundsätzlich bei einer An-

---

88) Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 70 S. 6 und 10 ff.

89) Bernstein in JurW. 1925 S. 1523, Anm. zu Nr. 3; ebenso RG. 109, 202 bis 203; 64, 145; Biermann, Anm. 1 zu § 128 S. 637 und Anm. 1 zu § 1292 S. 729; Kommentar R.Ger.R. Anm. 7 zu § 1204 BGB. und Staudinger, Anm. I, 2c zu § 1204 BGB.

90) Vgl. auch Herold in JurW. 1930 S. 3770/71 Anm. B zu 31; Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 714.

nahme erforderlich ist.[91]) Auch wenn dem Uebereignenden oder Verpfänder von der Besitzergreifung Mitteilung gemacht wird, so wollen die Parteien doch bereits in dem Augenblicke des Besitzerwerbes den Eigentumserwerb bzw. das Pfandrecht eintreten lassen. Auch die Motive zum ersten Entw. BGB. stehen in Bd. 3 S. 94 damit im Einklang. Es heißt dort, es stehe nichts im Wege, daß die Uebergabe sich in der Weise vollziehe, daß die Einwilligung des Tradenten in den Besitzwechsel zeitlich der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorausgehe. Nur diese Auffassung wird auch dem Bedürfnisse des Verkehrs gerecht. Insbesondere würde, wenn die Einigung der Uebergabe nicht vorangehen könnte, ein gültiges Pfandrecht der Banken auf Grund von allg.G.B. an den künftig in deren Besitz gelangenden W.P. kraft der schon zu Beginn des Geschäftsverkehres zustande gekommenen Einigung nicht entstehen können. Dies widerspräche aber dem Sinne und Zweck der Abmachungen zwischen den beiden Parteien.

Die Einigung kann aber auch der Uebergabe nachfolgen.[92]) Befindet sich der Gläubiger bereits im Besitze der Sache (unmittelbarem oder mittelbarem), so genügt die schlichte Einigung (brevi manu traditio), ohne daß eine besondere Uebergabe zu erfolgen braucht (§ 1205 Abs. I S. 2 BGB.).[93]) Das Pfandrecht an der Sache entsteht hier also in dem Augenblicke der Einigung.[94]) Der Besitz der Pfandsache legitimiert dann den Pfandgläubiger nach außen hin als Berechtigten.[95]) Hierbei ist es gleichgültig, ob der Pfandgläubiger den Besitz vom Verpfänder oder von einem Dritten erworben hat.[96]) Wenn die Besitzeinräumung nach § 854 Abs. II BGB. ersetzt wird, so ist aber neben der Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes noch die besondere Einigung nach § 854 Abs. II BGB. erforderlich. Auch in diesem Falle können die beiden Einigungen der Erlangung des tatsächlichen Besitzes durch den künftigen Pfandgläubiger vorangehen. Die Einigung nach § 854 Abs. II BGB. liegt dann darin, daß sich beide Beteiligte darüber einig sind, der künftige Pfandgläubiger solle in die Lage kommen, die Gewalt über die Sache auszuüben, daß dies geschieht, und daß zur Zeit der Erlangung des Besitzes der Uebergabewille des bisherigen Besitzers noch fortbesteht.[97]) Nach dem Gesagten reicht, wenn die Bank sich bereits im

91) Zitelmann in Iherings Jahrb. Bd. 70 S. 13.

92) Warn. Jahrb. 1930, Anm. 2 zu § 1292 BGB.; Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB.

93) Enneccerus-Kipp-Wolff § 163 I, 1a.

94) Wenzel § 1 S. 12.

95) Mayer S. 20.

96) Enneccerus-Kipp-Wolff § 66, II.

97) RG. in D.J.Z. 1912 S. 1470; Komm. R.G.R., Anm. 8 zu § 1205 BGB.; Staub, Anm. 2 u. 2a zu § 366 HGB.

Besitze von W.P. eines Bankkunden befindet, die üblicherweise in den allg.G.B. der Banken vorgesehene Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes zu dieser aus. Soll die Pfandbestellung der Sicherheitsleistung für Börsentermingeschäfte dienen, so sind die Vorschriften des § 54 BörsenGes. zu beachten. [98])

Die Einigung kann auch an eine Bedingung geknüpft sein [99]): Auch muß zur Zeit der Einigung eine Verfügungsmacht des Berechtigten noch vorhanden sein. Verfügt ein Nichtberechtigter, so kann dessen Verfügung nach § 181 BGB. wirksam werden. Bei der Einigung ist ferner eine Vertretung der Vertragsteile zulässig, auch gemäß § 181 BGB. durch denselben Vertreter. Ein Vertragsschluß durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht wird nach den allgemeinen Vorschriften (§§ 177 ff., 182 BGB.) durch Genehmigung wirksam. Eine Einigung zugunsten eines Dritten (§§ 328 ff. BGB.) ist dagegen nicht zulässig. [100]) Da die Einigung aus zwei inhaltlich übereinstimmenden und empfangsbedürftigen Erklärungen besteht, so muß der Verpfänder voll geschäftsfähig, der Pfandgläubiger wenigstens beschränkt geschäftsfähig und beide Parteien müssen zu dieser Zeit handlungsfähig sein. Die Geschäfts- und Handlungsfähigkeit muß in dem Augenblicke der Abgabe der Willenserklärung vorhanden sein. Später kann sie fortfallen. Nach § 130 Abs. II BGB. braucht sie aber nicht einmal bis zum Empfange der Willenserklärung fortzudauern. Auch der gesetzliche Vertreter des geschäftsunfähig gewordenen Eigentümers muß sie gegen sich gelten lassen. [101])

Auch wenn eine Einigung zwischen dem Verpfänder und dem Pfandgläubiger über die Entstehung des Pfandrechtes erfolgt ist, so ist doch zum Zustandekommen des Verpfändungsvertrages erforderlich, daß die Beteiligten auch noch im Augenblick des Besitzüberganges der Sache an den Erwerber über die Entstehung des Pfandrechtes einig sind. Denn das Gesetz erfordert die Einigung als Einigsein in jenem Zeitpunkte. Wenn daher im Einzelfalle erkennbar ist und festgestellt werden kann, daß der Verpfänder im Zeitpunkte der Inbesitznahme der Pfandsache die Verpfändung nicht mehr will, so ersetzt eine früher zustande gekommene und auf eine künftige Verpfändung gerichtete Einigung den bei dem Uebergang der tatsächlichen Gewalt fehlenden, aber nach §§ 1205 Abs. 1 und 1292 Abs. 1 BGB. erforderlichen Willen nicht. Diese Unterscheidung kommt also im Falle der Gleichzeitigkeit der Einigung und Uebergabe der Sache nicht in Betracht und ebenso ist sie für den Fall gegenstandslos, daß

---

98) Vgl. hierüber Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 668 ff.

99) Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 714; JurW. 1905 S. 290 Nr. 15.

100) Strecker in Handwörterbuch Bd. II S. 31.

101) RG. 84, 5 und O.L.G. 26, 206 u. 207.

sich der Erwerber bereits zur Zeit des Zustandekommens der Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes im Besitze der Sache befindet.[102])

Eine besondere Erörterung hat in der Rechtsprechung und Rechtslehre der Fall gefunden, wenn der Bankkunde nach Unterwerfung unter die allg.G.B. der Bank, daß dieser an allen in ihren Besitz gelangenden W.P. des Kunden ein Pfandrecht zustehen soll, der Bank einen Wechsel zur Diskontierung übergibt, diese aber die Diskontierung ablehnt. Nach vorstehender Ausführung entsteht in solchem Falle ein Pfandrecht an dem Wechsel im Sinne des § 1292 BGB. nicht. Denn der Kunde bringt dann bei der Uebersendung des Wechsels klar zum Ausdruck, daß er die Entstehung eines Pfandrechtes im Falle der Ablehnung der Diskontierung nicht will, daß vielmehr der Wechsel ihm in diesem Falle zurückgegeben werden solle. Durch diese seine Erklärung ist die vorausgegangene Einigung über die Pfandrechtsentstehung gebrochen, es fehlt also nunmehr an der zu der Verpfändung des Wechsels außer der Uebergabe des Papiers erforderlichen Verpfändungseinigung zur Zeit der Uebergabe. Dementgegen wird in dem Urteile des Kammergerichts vom 2. Februar 1928[103]) die Ansicht vertreten, daß auch in solchem Falle ein Pfandrecht der Bank an dem Wechsel nach § 1292 BGB. entstanden sei. Diese Ansicht wird damit begründet, daß der Bankkunde bei der Uebergabe des Wechsels der Bank gegenüber nicht zum Ausdruck gebracht habe, daß die Bestimmung der betreffenden Geschäftsbedingung ausscheiden und die Bank nicht berechtigt sein solle, das Pfandrecht an dem Wechsel für sich in Anspruch zu nehmen, falls sie ihn nicht zu Eigentum erwerben sollte. Die Entscheidung ist also auf die Auslegung der von dem Bankkunden bei der Uebergabe des Wechsels abgegebenen Erklärung abgestellt. Solche Auslegung dieser Erklärung trifft aber nach dem Vorgesagten nicht zu. Auch das R.Ger. hat sich in seiner Entsch. Seuff. Arch. Bd. 80 S. 87 und besonders nachdrücklich in Entsch. Bd. 126 S. 350 ff. gegen eine derartige Auslegung ausgesprochen. In dieser Entscheidung ist in einem derartigen Falle nach dem klaren Willen des Bankkunden, die Geschäftsbedingungen für ein einzelnes Geschäft durch seine Willenserklärung auszuschließen, der Vorgang gerade als ein typischer Fall solcher Ausschließung bezeichnet. In der Entscheidung wird ausgeführt, in der Uebersendung von Wechseln zum Diskontieren liege gegenüber der Bank ein Angebot zum Abschluß eines Wechselbegebungsvertrages unter der Bedingung, daß die Bank zum Diskontieren bereit sei, daß

---

102) Vgl. Kommentar R.G.R. Anm. 5 zu § 929.

103) JurW. 1925 S. 1523, 1524 Nr. 3.

aber bei Ablehnung der Diskontierung kein Begebungsvertrag abgeschlossen werden solle.[104])

Von Ludewig in JurW. 1930 S. 1381, 1382 Anm. 4 wird nun bei Besprechung dieser Entsch. des R.Ger. dieselbe, wiewohl er im Ergebnis derselben beipflichtet, insofern beanstandet, als er den Standpunkt vertritt, daß solchen Falles in der Einigung über die allg.G.B. der Bank nicht auch schon der Abschluß eines Wechselbegebungsvertrages zu erblicken sei, vielmehr ein Wechselbegebungsvertrag noch neben der erwähnten Einigung zur Entstehung eines Pfandrechtes nach § 1292 BGB. erforderlich sei, weil nach diesem ein gültiges Indossament notwendig sei, und die Gültigkeit eines Indossos einen Begebungsvertrag voraussetze. Dieser Standpunkt ist abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, warum nicht durch Vereinbarung der allg.G.B. von vornherein ein auf das pfandweise Behalten eines Wechsels gerichteter Begebungsvertrag sollte zustande kommen können.[105]) Es ist allerdings richtig, daß bei der Uebertragung des Wechsels durch Indossament wie zu jeder Rechtsübertragung ein Vertrag gehört, der, wie jede Wechselverpflichtung, auch nur ein abstrakter Vertrag sein kann, und ebenso trifft es zu, daß zu solchem Vertrage nicht schon das Geben und Nehmen des Wechsels oder der bloße mit dem Willen des unmittelbaren Vormannes erfolgende Uebergang des Wechsels in die Hände des Indossatars genügt, vielmehr noch die Einigung des Gebers und Nehmers, welche die Rechtsübertragung ausmacht, hinzukommen muß.[106]) Solche Einigung ist aber in der Vereinbarung der G.B., daß an allen Werten des Kunden, die in den Besitz der Bank gelangen, dieser ein Pfandrecht zustehen solle, zu erblicken. Denn in solcher Vereinbarung liegt gleichzeitig auch die im voraus abgegebene Erklärung der Ermächtigung an die Bank, die in ihren Besitz gelangenden W.P. ihres Kunden für ihn in Besitz zu nehmen und die Einwilligung dahin, daß die Bank diesen Besitz für sich selbst als Pfandgläubigerin ausübe[107]), sowie die Annahme dieser Erklärung.

In der Entscheidung des R.G. 126, 350 ff. ist demgemäß der Begebungsvertrag zu Pfandzwecken der Einigung über die Pfandbestellung ausdrücklich gleichgestellt. Auch nach Staub-Stranz Anm. 3 zu Art. 9 W.O. ist ein Pfandvertrag (§ 1292 BGB.) ein gehöriger Wechselbegebungsvertag. Mit der Auffassung von Ludewig ist auch die Entsch. R.G. 84, 5 ff. nicht verträglich, nach welcher die Ermächtigung der Bank, dem Kunden gehörige W.P. für ihn in Besitz zu nehmen, und die Einwilligung dahin, daß die Bank diesen Besitz für

---

104) Vgl. auch zustimmend Holländer in Verkehrsr. Rundschau 1930 (Bd. 9) Sp. 322.

105) Vgl. Seuff. Arch. Bd. 80 S. 87.

106) Entsch. RG. 117, 71.

107) RG. 84, 5 und Seuff. Arch. Bd. 80 S. 87.

sich selbst als Pfandgläubigerin ausübe, von dem Kunden im voraus mit der Wirkung erklärt werden kann, daß das Pfandrecht der Bank nicht nur dann entstehe, wenn der Kunde ihr im Geschäftsverkehr W.P. als Pfand übergebe, sondern auch ohne und sogar gegen den Willen des Kunden, selbst ohne sein Wissen, auch dann, wenn ihm gehörige W.P. von einem unbefugten Dritten übergeben wurden oder durch einen Zufall in ihren Besitz gelangten.

Andererseits ist gemäß dem Ausgeführten auch die Ansicht von Herold in JurW. 1930 S. 3770 Anm. B zu 31 abzulehnen, daß in der Bestimmung, „die Bank erwerbe an allen Werten des Kunden ein Pfandrecht", nicht auch gleichzeitig ein Wechselbegebungsvertrag im Sinne der W.O. erblickt werden könne, begrifflich auch gar nicht möglich sei. Die Pfandbestellung an Orderpapieren braucht indessen nicht nach § 1292 BGB. zu erfolgen. Dieser erklärt nur die gemäß demselben erfolgende Pfandbestellung für genügend, nicht aber für erforderlich. Durch die Bestimmung des § 1292 BGB. wird daher die Verpfändung von Orderpapieren nach den allgemeinen Vorschriften über die Verpfändung von Rechten nicht ausgeschlossen, vielmehr können sie auch nach diesen Vorschriften übertragen werden.[108]) In solchem Falle erwirbt die Bank nicht eigene Rechte aus dem Wechsel als Indossatarin, sondern sie erhält nicht mehr Rechte gegen den Schuldner, als der Verpfänder hatte, wobei § 1275 BGB. zur Anwendung kommt. Nach §§ 1282, 1294 BGB. ist sie zur Einziehung der dem Kunden zustehenden Wechselforderung berechtigt.[109]) Wenn zwischen der Bank und ihrem Kunden die Geltung der Bestimmung ihrer allg.G.B., daß sie an allen in ihren Besitz gelangenden W.P. desselben wegen ihrer Forderungen gegen ihn ein Pfandrecht erwerbe, rechtswirksam vereinbart worden ist, so liegt in dieser Vereinbarung auch die Einigung über die Verpfändung der Ansprüche aus den Papieren mit der gleichzeitigen Abmachung, daß die Bank berechtigt sein solle, die Papiere in Pfandbesitz zu nehmen. Eine Benachrichtigung des Ausstellers ist gleichfalls nicht nötig.[110])

Wenn nun auch in dem erörterten Falle ein gültiges Pfandrecht der Bank im Sinne des § 1292 BGB. mangels der nach diesem Paragraphen erforderlichen Einigung zur Zeit der Uebergabe des Wechsels nicht entsteht, so fragt es sich aber, ob nicht eine wirksame Verpfändung des Rechtes aus dem Wechsel nach § 1274 ff. BGB. anzunehmen ist. Diese Frage wird in einer in der L.Z. 1925 Sp. 883 ff. abgedruckten oberlandesgerichtlichen Entscheidung bejaht, mit der Begründung,

108) Staub, Anm. 18 zu § 368 HGB.; Staudinger, Anm. 2 zu § 398 BGB. und Anm. 3 zu § 1292 BGB.; Staub-Stranz, Anm. 9. zu Art. 9 W.O.

109) O.L.G. München in L.Z. 1925 Sp. 883 Nr. 1; ferner Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 715.

110) Staub a. a. O.

daß die Bank auf Grund der allgemeinen Vereinbarung mit dem Kunden das Recht gehabt habe, den Wechsel in Pfandbesitz zu nehmen, ihn auch tatsächlich in Pfandbesitz genommen und dies dem Kunden ohne dessen Widerspruch ausdrücklich erklärt habe.[111]) Dieser Meinung ist jedoch nicht zuzustimmen, vielmehr die Entstehung eines Pfandrechtes nach § 1274 BGB. zu verneinen. Nach dieser Bestimmung finden bei der Bestellung des Pfandrechtes an einem Rechte, wenn zur Uebertragung des Rechtes die Uebergabe einer Sache erforderlich ist, die Vorschriften der §§ 1205, 1206 BGB. Anwendung. Jenes ist aber bei der Wechselabtretung der Fall, da es sich um eine Papierobligation handelt, die ohne den Besitz des Papieres nicht geltend gemacht werden kann.[112]) Nach der dort angeführten Entscheidung des R.Ger. Bd. 88 S. 292 können Forderungen aus Wechseln, da sie ohne den Besitz des Papiers nicht geltend zu machen sind, auch nur unter Uebergabe des Papiers wirksam übertragen werden, wie dies auch schon vor dem Inkrafttreten des BGB. unter der Herrschaft der früheren Gesetzgebungen einstimmig angenommen wurde. Aus der daraus sich für die Uebertragung von Forderungen aus Wechseln ergebenden Anwendbarkeit des § 1205 BGB. ergibt sich nach dem oben Gesagten, daß die Einigung der Beteiligten über die Entstehung des Pfandrechtes noch bei dem Uebergang des Besitzes des Wechsels an die Bank vorhanden sein muß. Wie aber nach dem oben unter Bezugnahme auf die Entsch. R.G. 126, 350 Ausgeführten die Entstehung eines Pfandrechtes der Bank an dem zur Diskontierung des Wechsels im Falle der Ablehnung der letzteren die Entstehung eines Pfandrechtes an dem Wechsel gemäß § 1292 BGB. deshalb vereitelt wird, weil der nach dem bei der Uebergabe des Wechsels zum Ausdruck gelangten Willen des Kunden der Wechsel bei Ablehnung der Diskontierung an diesen zurückgegeben wird und kein Pfandrecht der Bank an denselben entstehen solle, nunmehr es an der erforderlichen Einigung fehle, so trifft diese Erwägung gleichermaßen auch auf die Uebergabe des Wechsels im Hinblick auf § 1205 BGB. zu. Auch nach § 1205 muß auch noch zur Zeit der Uebergabe der Sache Einigung zwischen den Beteiligten über die Entstehung des Pfandrechtes bestehen. Dies trifft aber in dem zur Erörterung stehenden Falle nicht zu. Durch seine bei der Hingabe des Wechsels erfolgende Erklärung, daß die Bank diesen nur diskontieren, also bei Nichtdiskontierung zurückgeben solle, bringt der Kunde auch zum Ausdruck, daß der Wechsel der Bank auch nur für den Fall der Diskontierung übergeben werden soll[113]), so daß also

111) Vgl. auch O.L.G. 44, 247: Urteil des O.L.G. Karlsruhe vom 22. Okt. 1924; Staudinger, Anm. 5 zu § 1292 BGB.

112) Staub-Stranz, Anm. 9b zu Art. 9 W.O. und die Zitate daselbst.

113) RG. 126, 350.

bei der Uebergabe keine Einigung der Beteiligten darüber besteht, daß der Bank das Pfandrecht zustehen solle und deshalb ein solches auch nicht nach §§ 1274, 1205 BGB. entstehen kann. Ebenso Herold in JurW. S. 3770, 3771 Anm. B zu 31. Auch Ludewig bezeichnet die Ansicht, daß ein Pfandrecht nach §§ 1274, 1205 zur Entstehung gelange, als nicht unbedenklich.

Ein Zurückbehaltungsrecht an dem Wechsel wird allerdings der Bank gemäß § 369 HGB. zustehen, wenn für den Fall der Ablehnung der Diskontierung des Wechsels nicht noch besonders von dem Bankkunden vorgeschrieben oder vereinbart ist, daß mit dem Wechsel in einer von dem Bankkunden oder von beiden Parteien bestimmten Weise zu verfahren sei. [114])

3. Die Uebergabe.

Als weitere Voraussetzung für die Bestellung eines Pfandrechtes kommt die Uebergabe der Pfandsache in Betracht, d. h. der Pfandnehmer muß in den Besitz des W.P. gelangen, und zwar derart, daß er jederzeit in der Lage ist, die Gewalt über die Pfandsache auszuüben, oder aber es muß dem Verpfänder eine selbständige Verfügung über die Pfandsache möglich gemacht werden. [115]) Der Verpfänder darf jedenfalls die tatsächliche Gewalt über die Sache nicht behalten, sondern muß sie aufgeben und auf den Gläubiger übertragen. [116]) Eine tatsächliche Gewalt kann nur an individuell bestimmten Sachen unmittelbar ausgeübt werden. Bei einer Sachgesamtheit erstreckt sie sich auf die dazu gehörigen einzelnen körperlichen Gegenstände. Soll nun bezüglich einer oder mehrerer der zu einer Sachgesamtheit gehörigen einzelnen Sachen ein besonderes, von dem Besitze der Gesamtheit verschiedenes Besitzverhältnis begründet werden, so müssen diese Sachen nicht bloß der Menge oder Anzahl nach, sondern auch individuell insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer derselben unmittelbar seine tatsächliche Gewalt gerade über sie ausüben kann. [117]) Auch die Verpfändung eines Sachbruchteiles ist möglich. Hierbei kann dieser den Anteil eines Miteigentümers darstellen oder die Sache im Alleineigentum des Verpfänders stehen. § 1258 BGB. behandelt das Pfandrecht an dem Anteile eines Miteigentümers. Befindet sich die Sache im Alleineigentum des Verpfänders, dann ersetzt die Einräumung des Mitbesitzes die Uebergabe der Sache. Ein

---

114) Vgl. Staub, Anm. 41 zu § 369 HGB. und Großmann-Doerth in JurW. 1930 S. 3724.

115) Komm. R.G.R. Anm. 5 zu § 1205 BGB.

116) Urteil des O.L.G. Dresden vom 13. Okt. 1910 in Seuff. Arch. Bd. 66 S. 190.

117) Urteil des RG. vom 28. Okt. 1902 in RG. 52, 388 ff.; RG. 74, 148.

besonderer qualifizierter Mitbesitz, besonders ein solcher unter Mitverschluß, ist nicht nötig. Der Verpfänder behält den Mitbesitz nicht als Verpfänder, sondern als Eigentümer seines unbelasteten Sachbruchteiles. Wenn dagegen ein Miteigentümer seine Eigentumsquote verpfändet, so muß er dem Gläubiger das Maß von Sachherrschaft verschaffen, das er selbst hat, demnach aus dem Besitz der Sache ganz ausscheiden.[118]) Hiernach muß der Pfandgläubiger also unmittelbarer Besitzer oder wenigstens mittelbarer Mitbesitzer werden.[119]) Die Uebergabe kann nicht durch einen bloßen Auftrag, die Sachen für den Schuldner zu verwalten und zu beaufsichtigen, ersetzt werden.[120]) Das in § 1205 BGB. vorgeschriebene Erfordernis der Uebergabe beruht auf dem der Rücksicht auf die Verkehrssicherheit entsprungenen Gedanken, daß das rechtsgeschäftliche Fahrnispfandrecht auch nach außen erkennbar gemacht werden soll. Als Mittel zu dieser Kundbarmachung fordert das Gesetz den Besitzwechsel, der den Besitz dem tatsächlichen Machtbereiche des Schuldners entzieht.[121])

Bei der Verpfändung eines Inhaberpapieres kann die Uebergabe der zu verpfändenden Papiere durch eine Reihe von Ersatzmitteln ersetzt werden. Sie ist überflüssig, wenn der Pfandgläubiger bereits im Besitze des Papieres ist (§ 1205 Abs. I Satz 2 BGB.) und die Einigung der Parteien darauf gerichtet ist, daß die bereits im Besitz des zukünftigen Pfandgläubigers befindliche Sache diesem als Pfand dienen soll. Wenn der verpfändende Eigentümer nur den mittelbaren Besitz an der Sache hat (§ 868 BGB.), so muß außer der Einigung zur Verpfändung hinzukommen, daß der Verpfänder durch Abtretung des Anspruches auf Herausgabe der Sache den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und der unmittelbare Besitzer hiervon benachrichtigt wird (§ 1205 Abs. II BGB.), welcher dann die Sache nur an den Pfandgläubiger herausgeben darf. Befindet sich die Sache im Safe einer Bank, das der Eigentümer gemietet hat, so müssen Vorkehrungen getroffen werden, daß der Pfandnehmer den Alleinverschluß oder wenigstens Mitverschluß in der Form erhält, daß seine Mitwirkung bei der Oeffnung des Safes erforderlich ist.[122]) Werden dem Bankier selbst die Papiere verpfändet, so wird es der Einräumung eines Mitbesitzes an diesen nicht bedürfen, da der Bankier auf Grund seiner tatsächlichen Verfügungsmacht im Falle der Berechtigung zu einer Verfügung auch ohne Mitwirkung des Kunden auskommen kann, z. B. durch Erbrechen der

---

118) M. Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 201.
119) Enneccerus-Kipp-Wolff Bd. II Abtl. 1 § 163, I.
120) RG. 74, 147/48; Linsert S. 9, Ia; RG. 53, 220/21.
121) RG. 74, 147 ff. und RG. 77, 208.
122) Linsert S. 9, Ia.

Kammer.[123]) Die Uebergabe der Sache kann ferner auch noch dadurch ersetzt werden, daß Mitbesitz gemäß § 1206 BGB. eingeräumt wird, wenn sich die Sache unter dem Mitverschlusse des Gläubigers befindet, oder wenn sich ein Dritter in ihrem Besitze befindet, die Herausgabe nur an den Gläubiger und den Eigentümer gemeinschaftlich erfolgen kann. Auch hierbei ist aber wesentlich die Ausschließung des alleinigen Verfügungsrechts des Verpfänders über die Pfandsache.[124]) Niemals kann durch eine Vereinbarung eines bloßen Besitzkonstitutes ein Pfandrecht zur Entstehung gelangen. Dies würde dem pfandrechtlichen Grundsatze der Publizität widersprechen.[125])

Daß die Uebergabe nicht gleichzeitig mit der Einigung zu erfolgen braucht, vielmehr auch der Einigung zeitlich nachfolgen oder vorangehen kann, ist eben unter 2 ausgeführt. Die Besitzübergabe kann sich in mehreren Akten vollziehen, so kann die Einwilligung des Eigentümers in den Besitzwechsel der Erlangung der tatsächlichen Gewalt vorausgehen oder nachfolgen. Jenes ist der Fall, wenn nach den allg.G.B. alle dem Kunden gehörige W.P. usw., die in den Besitz der Bank gelangen, ihr als Faustpfand für alle ihre Forderungen gegen den Kunden dienen sollen.[126])

Hinsichtlich der Uebergabe bei Orderpapieren ist zu beachten, daß durch die Uebergabe des W.P. gemäß der doppelten Natur des Orderpapieres nicht nur ein Pfandrecht an dem Papier selbst begründet wird, sondern auch an der durch das Papier repräsentierten Forderung. Sonach erstreckt sich das an dem Papier bestellte Pfandrecht zugleich auf die verbriefte Forderung (Sachenpfandrecht und Forderungspfandrecht). Es ist auch hier die Einräumung des Besitzes am Orderpapier unbedingt erforderlich, da sonst ein Pfandrecht nicht vorliegt. Auch hier muß der Besitz des Pfandgläubigers von dem Verpfänder gewollt sein. Auch bei der Pfandbestellung an Orderpapieren ist ein constitutum possessorium nicht möglich, da die Uebergabe gerade bezweckt, den Pfandgläubiger zur Aushändigung des Papiers an den Schuldner gegen Empfang der Leistung instand zu setzen.[127]) Die Uebergabe braucht der Einigung hier gleichfalls nicht nachzufolgen, brevi manu traditio ist auch hier zulässig. Wird ohne vorherige Einigung aus Versehen oder durch einen Dritten ohne Willen des Verpfänders dem Gläubiger eine Sache ausgehändigt, so kann hieran doch noch ein Pfandrecht bestellt werden, wenn eine spätere Einigung erfolgt. — Eine Uebertragung des mittelbaren Be-

123) Wenzel S. 13.
124) Felsmann S. 40, 41.
125) Linsert S. 9, Ia; Staudinger, Anm. 4 zu § 1205 BGB.; RG. 53, 221.
126) Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 714.
127) Staub, Anm. 16c zu § 368 HGB.; Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 715.

sitzes und Anzeige hiervon an den unmittelbaren Besitzer nach § 1205 Abs. II BGB. reicht bei Orderpapieren zur Pfandbestellung nicht aus, ebensowenig die Uebergabe durch Abtretung des gegen den dritten Besitzer bestehenden Herausgabeanspruches [128]), da solchenfalls für den Pfandgläubiger nicht die Möglichkeit bestände, von dem Schuldner gegen Herausgabe des Papiers die Leistung zu empfangen. Daher genügt auch nicht die Einräumung des Mitbesitzes an dem Papier nach § 1206 BGB. [129])

Bei der Uebergabehandlung kann sich der Verpfänder auch vertreten lassen. Es ist aber erforderlich, daß er die stattfindende Uebergabe will und hierbei mit dem Pfandgläubiger darüber einig ist, daß die Sache zum Zwecke der Verpfändung übertragen werden soll. Die Uebergabe kann ferner an einen Besitzdiener (§ 855 BGB.) oder an einen Vertreter des Pfandgläubigers erfolgen. [130]) Erfolgt sie an einen Besitzdiener, der den Weisungen des Besitzherrn zu folgen hat, dann wird die Erkennbarkeit des Besitzes des Besitzherrn hauptsächlich durch die Erkennbarkeit des sozialen Abhängigkeitsverhältnisses des Besitzdieners vermittelt. [131])

Hinsichtlich der Frage, wann das Pfandrecht an einem W.P., welches in den Besitz der Bank gelangt, entsteht, ist zu bemerken, daß das Pfandrecht in dem Augenblicke zur Entstehung gelangt, in dem die Bank den Besitz an dem Papier erlangt. Befinden sich zur Zeit der Anerkennung der allg.G.B. bereits Vermögenswerte des Kunden in deren Besitz, so ist es nicht zweifelhaft, daß das Einverständnis des Kunden mit den allg.G.B. auch dahin ging, daß ein Pfandrecht der Bank an den bereits in deren Besitz befindlichen Papieren sofort entstehen sollte. Es besteht kein Grund für die Annahme, daß der Kunde noch eine besondere Rechtshandlung für die Begründung des Pfandrechtes an diesen Werten für erforderlich gehalten hätte. Der Bank ist ebenfalls nicht daran gelegen, bloße Aussicht auf die Möglichkeit zu haben, daß der Kunde vielleicht später einmal zur Bestellung des Pfandrechtes an den bereits in ihrem Besitze befindlichen W.P. bereit sei. [132])

4. Die Indossierung bei Orderpapieren.

Bei Orderpapieren tritt zur rechtswirksamen Bestellung des Pfandrechtes nach § 1292 BGB. neben die Einigung und Uebergabe noch das weitere Erfordernis der Indossierung. Der Pfandgläubiger

128) Staudinger 1 bß zu § 1292 und Felsmann S. 18.
129) Felsmann S. 17—20.
130) Staub-Koenige, Anm. 3 zu § 366 HGB. S. 714.
131) RG. 77, 209.
132) RG. 84, 5/6.

erwirbt durch das Indossament gemäß § 1292 BGB. ein Pfandrecht an dem Orderpapier und an der Forderung aus ihm. Durch das Indossament zum Zwecke der Pfandbestellung wird nicht das Eigentum an dem Papier begründet, vielmehr bleibt der Verpfänder bis zur Verwertung durch den Pfandgläubiger Eigentümer. Aus der äußerlichen Uebertragungsform kann nicht auf einen Eigentum übertragenden Willen der Parteien geschlossen und damit ein Eigentumsübergang begründet werden [133]), auch nicht fiduziarisches Eigentum. [134]) Das Gesetz stellt in § 1292 BGB. nur die zur Verpfändung genügenden Erfordernisse auf. Daraus ist zu entnehmen, daß diese Erfordernisse nicht identisch sind mit den Erfordernissen einer Eigentumsübertragung. Das dem Pfandgläubiger verpfändete Papier darf von diesem nicht weiter indossiert werden, vielmehr erwirbt er nur diejenigen Rechte, durch welche es ihm ermöglicht wird, Befriedigung aus dem verpfändeten Papier zu suchen.

Der Satz, daß der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Papier und der Forderung aus ihm erwirbt, widerspricht auch nicht dem Inhalte der Norm des Art. 10 W.O., wonach alle Rechte aus dem Wechsel durch das Indossament auf den Indossatar übergehen. Denn der Pfandgläubiger hat ein eigenes Recht aus dem Papier durch das Pfandindossament erworben, welches aus einem dinglichen Rechte am Papier entstanden ist, und das sich auch gegen den auf Grund des Eigentums am Papier aus demselben Berechtigten richtet, wenn auch jenes Recht an dem Papier und daher auch aus demselben ein beschränktes Recht ist. Die Pfandbestellung gemäß § 1292 BGB. gibt dem Pfandgläubiger nicht nur eine Legitimation, sondern sein Recht ergreift das dem Eigentümer zustehende Recht aus dem Papier. Wie bereits erwähnt, gibt § 1292 BGB. nur die zur Verpfändung genügenden Erfordernisse an. § 1292 BGB. verlangt nicht Einigung, Indossament und Uebergabe des Papiers, sondern nur Uebergabe des indossierten Papiers. Das Gesetz verfolgt damit lediglich den Zweck, den Pfandgläubiger in die Lage zu versetzen, das Recht aus dem verpfändeten Orderpapier geltend zu machen oder es an Dritte rechtsgültig übertragen zu können. Diesem Erfordernis kann danach in der Form der sog. Blancotradition entsprochen werden. Hieraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß das Indossament nur Voraussetzung, nicht Erfordernis der Verpfändung sei. [135]) Die Pfandbestellung kann sonach auch in einem Akte enthalten sein, dessen Erfordernisse diejenigen einschließen, die sich aus § 1292 BGB. ergeben. Wenn die Verpfändung nach Art der formlosen Abtretung des Rechtes

133) Linsert S. 13.

134) Mansfeld in L.Z. 1913 Sp. 420; Komm. R.G.R. Anm. 1 zu § 1292 BGB.

135) Liebelt S. 13 Nr. 3.

aus dem Orderpapier (§ 1274 BGB.) erfolgt, so ist nach den Ausführungen oben unter 2 nur erforderlich: 1. Verpfändungsvertrag und 2. die Uebergabe des Papiers, wie oben schon ausgeführt ist. [136])

Das Indossament muß ein Vollindossament sein, jedoch ist auch ein Blanco- oder ein ausdrückliches Pfandindossament nach der herrschenden Lehre ausreichend und zulässig. [137]) Es schadet nichts, wenn dabei der Uebertragungszweck „zum Pfande" „in Depot" usw. auf dem Scheck oder Wechsel angegeben ist. Auch wird dadurch die Indossierung nicht gehindert. [138]) Da in der Indossierung mit einem Blanco- oder Vollindossament eine große Gefahr für den Eigentümer liegt, kann er sich durch das ausdrückliche Pfandindossament sichern. Der Pfandgläubiger darf vor der Pfandreife das Orderpapier nicht weiterbegeben; er ist dem Schuldner gegenüber nur zur Kündigung und Einziehung legitimiert, jedoch mangels anderweitiger Vereinbarung nicht berechtigt, es zum Zwecke seiner Befriedigung zu verkaufen oder durch ein Vollindossament weiterzubegeben, außer dem Falle des § 1295 BGB. [139])

Das Indossament kann sowohl ein vom Verpfänder selbst ausgestelltes, als auch ein bereits vorhandenes sein, durch welches der Verpfänder selbst das Papier erworben hat, so daß kein weiteres Giro des Verpfänders mehr erforderlich ist. Jedoch ist zur Begründung des Pfandrechtes nicht ausreichend ein Prokuraindossament [140]), welches übrigens nur bei Wechseln möglich ist [141]), da dieses dem Indossatar nicht diejenige vollständige Rechtsstellung gegenüber dem Indossanten gewährt, welche dem Zwecke des Pfandrechtes entspricht. Durch ein Prokuraindossament wird nur ein Vollmachtsverhältnis zwischen Indossanten und Indossatar erzeugt, aber kein eigenes Recht an und aus dem Papier verschafft. Alle wechselrechtlichen Befugnisse werden nur im Namen der Indossanten erworben. [142]) Der Pfandgläubiger soll jedoch ein eigenes, selbständiges, wenn auch nur der Natur entsprechend beschränktes Recht an dem Pfandgegenstande erhalten.

---

136) Vgl. hierzu Wenzel S. 42—44.

137) Linsert S. 12, Ib; Staub, Anm. 15b zu § 368 HGB.; Komm. R.G.R. Anm. 4 zu § 1292 BGB. und Planck, Anm. 3b zu § 1292 BGB.

138 Komm. R.G.R. Anm. 4 zu § 1292 BGB.

139) Staudinger, Anm. 2 zu § 1292 und Anm. zu § 1295 BGB. anfangs, Staub, Anm. 15b zu § 368 HGB.

140) Staub, Anm. 15b zu § 368 HGB.

141) Liebelt S. 14.

142) RG. 27, 129.

a) Die Entstehung des Pfandrechts beim Sonderkonto.

Vor der Ausdehnung des Effektensammeldepots auf W.P. waren im Wertpapierverwahrungsgeschäft der Banken in der Hauptsache zwei Arten von offenen Depots üblich, nämlich das Sonderdepot und das Stückekonto. Beim Sonderdepot (depositum regulare, regelmäßiger Verwahrungsvertrag) werden durch Einlieferung von W.P. bei der Bank die Eigentumsverhältnisse an diesen nicht verändert. Der Hinterleger bleibt Eigentümer der Papiere. Gleichzeitig stehen ihm gegen die Bank obligatorische Rechte aus dem Verwahrungsvertrag zu. Die Bank wird nur mittelbare Fremdbesitzerin, aber nicht Eigentümerin. Infolgedessen kann der Eigentümer der W.P. kraft seines dinglichen Rechtes Ansprüche sowohl gegen den Verwahrer als auch gegen jeden Dritten geltend machen.[143]) Die W.P. jedes Hinterlegers werden von denen anderer Hinterleger getrennt verwahrt. Enthalten nun die allg.G.B. der Bank die Bestimmung, daß der Bank an allen W.P. der Kunden, welche in ihren Besitz gelangen, ein Pfandrecht zustehen soll, so geschieht die Bestellung des Pfandrechtes nach den oben dargelegten Grundsätzen des § 1205 BGB. Die zur wirksamen Bestellung erforderliche Uebergabe entfällt, da sich die Bank ja bereits im Besitze der W.P. befindet.

b) Die Entstehung des Pfandrechtes beim Stückekonto und Summenkonto.

Die Verwahrung auf Stückekonto (unregelmäßiger Verwahrungsvertrag oder depositum irregulare) ist nur bei vertretbaren W.P. möglich. Im Gegensatz zu der Verwahrung auf Sonderdepot geht hier das Eigentum an den W.P. auf den Verwahrer, die Bank, über. Die Bank ist verpflichtet, W.P. gleicher Art, Menge und Güte zurückzugewähren.[144]) Weil die Verwahrung auf Stückekonto wegen der Aufgabe des Eigentums an den W.P. für den Bankkunden gefährlich ist, so muß, wenn die Bank die W.P. auf Stückekonto nehmen will, der Kunde sich hiermit gemäß § 700 Abs. II BGB. ausdrücklich einverstanden erklären. Einen weiteren Schutz gewährt dem Kunden das Bankdepotgesetz. Nach dessen § 2 Abs. I Dep.Ges. ist eine Erklärung des Hinterlegers oder Verpfänders, durch welche der Verwahrer oder Pfandgläubiger ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter W.P. der im § 1 bezeichneten Art gleichartige W.P. zurückgewähren oder über die Papiere in seinem Nutzen zu

---

143) Erlanger § 1 S. 1.

144) Opitz in JurW. 1930 S. 1385/86; Staub-Koenige, Anm. 51 zu Anh. zu § 424 HGB.

verfügen, falls der Hinterleger oder Verpfänder nicht gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt, nur gültig, soweit sie für das einzelne Geschäft ausdrücklich und schriftlich abgegeben wird. Die Bestimmung des § 2 Dep.Ges. ist auch dann zu beachten, wenn nach dem Willen der Beteiligten der sofortige Eigentumswechsel durch Gutschrift auf das Stückekonto erfolgen soll. Solche Aneignung stellt sich als eine dinglich wirkende Rechtsausübungshandlung dar, welche ohne Tradition des Eigentums und auch ohne Kundgebung gegenüber dem Verwahrer wirkt.[145]) Durch Verbuchung der von dem Bankier angeschafften W.P. auf das Stückekonto und dadurch, daß dieser sich als Eigentümer betrachtet, geht das Eigentum des Hinterlegers an den W.P. noch nicht verloren, wenn die Ermächtigung des § 2 Dep.Ges. fehlt. Es ist hierfür auch bedeutungslos, ob der Depotskunde die Buchung duldet. Aber auch beim Vorliegen einer Ermächtigungserklärung im Sinne des § 2 Dep.Ges. geht zufolge dieser Erklärung noch nicht das Eigentum an den Papieren auf die Bank über. Hierzu ist weiter erforderlich, daß die Bank durch Vermengung oder durch einen anderen Aneignungsakt von der Ermächtigung Gebrauch gemacht hat. Bis dahin bleiben trotz der Ermächtigungserklärung die Papiere depositum regulare.[146]) Tritt aber zu dieser der Aneignungsakt hinzu, so hat der Hinterleger nur mehr einen obligatorischen Anspruch gegen die Verwahrerin.[147])

Eine ähnliche Lage besteht beim Summendepot.[148]) Hier ist die Bank verpflichtet, nicht die empfangenen Stücke selbst, sondern die gleiche Summe gleichartiger Stücke jederzeit von dem eigenen Vermögen tatsächlich gesondert, als fremdes Gut in Verwahrung zu halten, so daß ihr nur die Freiheit verbleibt, die Stücke des Depots gegen andere gleichartige umzutauschen.[149])

Da bei der Verwahrung von W.P. auf Stückekonto anders als bei dem Sonderdepot das Eigentum auf den Verwahrer übergeht, so ergibt sich hierdurch für das Pfandrecht eine Besonderheit. Werden W.P. auf Stückekonto genommen, so geht die Verpfändung in der Weise vor sich, daß das E i g e n t u m auf den Pfandnehmer übergeht und dieser verpflichtet ist, W.P. von gleicher Art, Güte und Menge zurückzugewähren. Mithin entsteht für den Pfandnehmer lediglich eine schuldrechtliche Verpflichtung, eine Gattungsschuld[150]), da an einer eigenen Sache ein Pfandrecht nicht bestellt werden kann.

---

145) Manigk § 120 S. 529 ff.
146) Rießer § 2 Anm. 6a S. 100.
147) Opitz, Anm. 8 in JurW. 1930 S. 1385 ff. und die Zitate daselbst.
148) v. Gierke § 59, II S. 459.
149) Rießer § 2b α S. 102.
150) Urteil RG. vom 20. April 1929 in JurW. 1930 S. 1386.

Bei vielen Banken ist es nun üblich, sich gleichzeitig mit dem Auftrage eines Kunden zur Anschaffung von W.P. schriftlich auch den Verzicht auf die Nummernaufgabe erteilen zu lassen. Hierdurch entfällt für die Bank die Verpflichtung, dem Kunden ein Stückeverzeichnis zu übersenden, welches nach § 7 Dep.Ges. das Eigentum an den W.P. auf den Kunden überträgt. In einem solchen Falle wird aber das Eigentum gemäß § 930 BGB. durch constitutum possessorium übertragen, wenn die Bank als Kommissionärin die für den Kunden bestimmten Stücke aussondert und in Verwahrung nimmt.[151]) Sie macht dadurch nach außen hin erkennbar, daß sie Eigentum übertragen will. In Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Kunden, dem sie das Eigentum übertragen muß, kann die Bank nach § 181 BGB. als Vertreter des Kunden mit sich selbst kontrahieren. Diese Aussonderung wird aber nicht immer von den Banken durchgeführt, hauptsächlich dann nicht, wenn sich der Kunde der Bank zu einer einmaligen Anschaffung von W.P. bedient, da hier die Bank dem Kunden die Stücke selbst übergibt und dadurch Eigentum überträgt. In den meisten Fällen wird es sich bei dem Ankaufe von W.P. um Anschaffungsgeschäfte handeln, die auf Grund dauernder Geschäftsverbindung getätigt werden und bei denen die angeschafften W.P. regelmäßig bei der Bank in Depot bleiben, so daß auch die vorerwähnte Eigentumsübertragung möglich ist. Wenn sich nun die Banken auf Grund ihrer allg.G.B. an allen W.P. des Kunden, die in ihren Besitz gelangen, ein Pfandrecht bestellen lassen, so ist Voraussetzung der Entstehung eines solchen Pfandrechtes, daß die Sache, wie oben dargelegt, nicht demjenigen gehört, dem ein Pfandrecht bestellt werden soll, da ihm kein weiteres Recht an der Sache bestellt zu werden braucht, welches ihm doch nur geringere Befugnis geben könnte, als das Eigentum. Die Bank hat zwar als Kommissionär gemäß § 397 HGB. an dem Kommissionsgute (den W.P.) ein *gesetzliches* Pfandrecht nicht nur wegen ihrer Forderungen gegen den Kunden aus dem speziellen Anschaffungsgeschäft, sondern auch wegen *aller* Forderungen, die auf Grund von Kommissionsgeschäften entstanden sind. Dieses Pfandrecht hat sie auch, solange sie noch Eigentümerin ist, gemäß der ausdrücklichen Bestimmung des § 398 HGB. Indessen steht ihr das Pfandrecht nur für alle Forderungen zu, die sie aus Kommissionsgeschäften hat. Es läßt sich aber dasjenige, was hier ausnahmsweise für das gesetzliche Pfandrecht festgesetzt worden ist, nicht durch analoge Anwendung auf das vertragsmäßige Pfandrecht anwenden, da das Gesetz nur ganz bestimmte Forderungen schützen will. Da ein Pfandrecht an eigener Sache nicht möglich ist, wird im Gesetz nur für eine

---

151) RG. 52, 132 ff.

ganz bestimmte Art von Forderungen aus Zweckmäßigkeitsgründen das Gegenteil bestimmt. Ein generelles Eigentümerpfandrecht auf Vertragsbasis zu begründen, erscheint daher nicht zulässig, da der als Verpfänder auftretende Kunde keine Herrschaftsgewalt, sondern nur ein obligatorisches Recht auf Herausgabe der Sache gegen die Bank als Kommissionärin hat. [152]) Da das vertragsmäßige Pfandrecht der Banken an den in ihrem Depot befindlichen W.P. des Kunden erst in dem Augenblicke der Eigentumsübertragung entsteht, so wird es im Interesse der Bank liegen, die W.P. gleich nach der Anschaffung in das Eigentum des Kunden zu übertragen.

Eine ähnliche Lage tritt auch dann ein, wenn W.P. von vornherein von dem Kunden der Bank zur Sicherheit für deren Forderungen übergeben und verpfändet werden mit der ausdrücklichen Vereinbarung, daß die Bank jederzeit über die Papiere verfügen könne (§ 2 Dep.Ges.). Die Bank wird dann im Augenblicke der Verfügung gemäß § 700 Abs. I BGB. Eigentümerin der Stücke. Die Bank hat hier nur noch die Verpflichtung, gleichartige Stücke an den Kunden zurückzugeben. Gibt sie dem Kunden gleichartige Stücke zurück, dann erlischt ihr vertragsmäßiges Pfandrecht. [153])

c) Die Entstehung des Pfandrechts am Sammeldepot.

Bei dem Sammeldepot wird der Verwahrer befugt, gleichartige vertretbare W.P. verschiedener Hinterleger oder Verpfänder derart miteinander zu vermischen, daß jeder Einlieferer nicht ein Recht auf Rücklieferung der von ihm eingelieferten Einzelstücke, sondern nur das Recht auf Rücklieferung des Anteils an dem Sammeldepot hat. [154]) Die eingelieferten W.P., welche vertretbare Sachen im Sinne des § 91 BGB. sind [155]), werden von dem Verwahrer, der Bank, nicht gesondert aufbewahrt, sondern von ihr den Gesamtbeständen der W.P. gleicher Gattung beigefügt.

Handelt es sich um ein Anschaffungsgeschäft eines Bankkunden, so erwirbt zunächst die Bank als Kommissionärin Eigentum und hat dieses auf den Kommittenten weiter zu übertragen (§§ 383, 400 HGB.). Die Bank sorgt dafür, daß sie selbst Miteigentümerin an einem entsprechenden Anteile am Sammeldepot wird und überträgt dann diesen auf den Bankkunden. Die Eigentumsübertragung erfolgt gemäß §§ 1008 ff., 929 ff. BGB. Die Einigung ist ohne weiteres

---

152) Callmann in Bankarchiv 1906, 5. Bd. Nr. 23 S. 279.
153) Callmann ebenda.
154) Ueber das Wesen des Sammeldepots: Rießer, Anh. zu § 2 A S. 114.
155) Kommentar R.G.R. Anm. 4 zu § 91 BGB.

(stillschweigend) als erfolgt anzusehen. Hinsichtlich der Uebergabe hat die Bank nur dafür zu sorgen, daß sie dem Kunden den entfernteren mittelbaren Mitbesitz verschafft, was geschäftsabredegemäß in der Weise erzielt wird, daß die Bank hinsichtlich des Sammeldepotanteiles dem Kunden gegenüber selbst Verwahrer und der Kunde Hinterleger wird.[156])

Den Hauptfall des Sammeldepots bildet das Giroeffektendepot des Berliner Kassenvereins. Die Bank des Berliner Kassenvereins ist eine Einrichtung, deren Wesen darin besteht, daß W.P. von den in der Geschäftsordnung für das Depot zur Annahme in dasselbe als geeignet bezeichneten Gattungen von Mitgliedern des Depots zur Aufbewahrung angenommen und zur jederzeitigen Weiterverfügung bereit gehalten werden.[157]) Durch die allg.G.B. einer Reihe von Großbanken wird die Lieferung von effektiven Stücken an den Kunden nicht mehr zugelassen, sondern die Lieferung in „Effektenschecks" verlangt. Bei dem Sammeldepot wird die Bank nicht Eigentümer. Eigentümer bleiben die Einlieferer.[158]) Unter diesen entsteht nach der herrschenden Meinung vom Augenblicke der Vermischung (§ 948 BGB.) an Miteigentum an sämtlichen gleichartigen Stücken des Sammeldepots, welches sich aus den Stücken aller Einlieferer zusammensetzt, und zwar im Verhältnis der von ihm eingelieferten Stücke zum Gesamtbestande.[159]) Das Miteigentum entsteht also erst in dem Augenblicke der Vermischung, nicht schon bei der Einlieferung.[160]) Unter den miteinander nicht bekannten Hinterlegern entsteht eine Gemeinschaft an allen gleichartigen Stücken des ganzen Depots, und zwar im Bruchteile nach dem Verhältnis der hinterlegten Stücke (§ 741 BGB.).[161]) Die Quote des einzelnen Sammeldepotkontoinhabers ergibt sich aus dem Verhältnis seiner Einlage zum Gesamtbestand des Sammeldepots. Wenn die

---

156) §§ 930, 868 BGB.; Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 667; RG. 63, 405: Urteil vom 18. Jan. 1906; und Staub, Anm. 33 zu § 383 S. 634.

157) RG. 21, 34.

158) RG. 21 S. 37/38: Urteil vom 19. April 1888; RG. 63, 405: Urteil vom 18. Juni 1906.

159) Opitz u. Schultz in Bankarchiv, Sonderbeilage Nr. 16 vom 15. Mai 1925 (24. Bd.) S. 1; Staub, Anm. 3 zu § 419 HGB. und Anm. 1 zu § 419 HGB.; RG. 21, 34—38; Staudinger, Anm. 1g zu § 948 BGB.; JurW. 1930 S. 1386: Urteil des R.Ger. vom 20. April 1929 und Anm. 8 hierzu von Opitz gegen Eichholz in JurW. 1926 S. 1512 ff. und JurW. 1928 S. 1544, wogegen hinwiederum Opitz in JurW. 1926 S. 2063 ff.; Entstehung des Miteigentums durch Vertrag bzw. Vereinbarung nehmen an: Gieseke in JurW. 1930 S. 3723 und Deichmann § 6 S. 20.

160) Hierüber Ascher § 3 S. 4—10; Staub, Anm. 3 zu § 419 HGB.

161) RG. 21, 34—42: Urteil vom 19. April 1888; hierüber ausführlich Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 473 ff.; anderer Meinung Gieseke in JurW. 1930 S. 3724, welcher Gemeinschaft zur gesamten Hand annimmt.

Bestände zur Ausschüttung voller Quoten nicht ausreichen, so haben die einzelnen Inhaber den durch den Fehlbetrag entstandenen Verlust pro rata zu teilen. Der Anteil muß immer ein bestimmter sein. Der Sammelverwahrer wird unmittelbarer Besitzer der Sammeldepotanteile.

Eine weitergehende Verfügung über die W.P. als die Vermischung steht dem Verwahrer nicht zu. Er darf sie nicht zu seinem eigenen Nutzen verwenden noch aus eigenen Beständen ersetzen, vielmehr hat die Bank das Sammeldepot nach Art einer eigentlichen Bankverwahrung zu verwalten. An sich steht nach § 744 Abs. I BGB. die Verwaltung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes nur allen Teilhabern gemeinschaftlich zu. Diese Vorschrift kommt aber beim Sammeldepot nicht in Betracht, da der Sammelverwahrer die Stellung eines Sachverwalters hat. [162]) Beteiligt sich die Bank durch Einbringung eigener W.P. an dem Sammeldepot, so steht sie bezüglich dieser Papiere wie jeder anderer Einlieferer da.

Beim Sammeldepot muß die Ermächtigung vom Depotkunden, da an Stelle der hinterlegten W.P. nur gleichartige W.P. zurückgewährt zu werden brauchen, gemäß § 2 des Dep.Ges. der Bank gegenüber für jede Einlieferung ausdrücklich und schriftlich erklärt werden, falls nicht der Depotkunde gewerbsmäßig Bank- oder Geldwechslergeschäfte betreibt. Sie muß insbesondere jedesmal erklärt werden, wenn ein Sonderdepot in ein Sammeldepot umgewandelt werden soll, und wenn Aktien in das Sammeldepot des Kunden von diesem oder von dritter Seite eingeliefert werden. [163]) Nur ein Bankier kann die Ermächtigung formlos erteilen. Die Ermächtigung der Privatkunden gemäß § 2 Abs. I Dep.Ges. hat die Wirkung, daß die Bank, welche Papiere ihres Kunden in ein Sammeldepot legen will, der Sammelstelle mitzuteilen hat, daß ihr die Ermächtigung formgerecht erteilt sei. Allgemeine Ermächtigungen, wie sie sich etwa in den allg.G.B. der Bank befinden, sind, wenn der Hinterleger oder Verpfänder ein Nichtbankier ist, ungültig, da das Gesetz eine ausdrückliche Ermächtigung für jeden einzelnen Fall fordert. [164]) Es bedarf auch beim Anschaffungsgeschäft einer solchen Ermächigung, sobald der Einkaufskommissionär das Eigentum auf den Kommittenten übertragen hat (§ 7 Dep.Ges.), weil der Kommittent Alleineigentum und nicht Anteilsrechte haben will. Jede Wertpapiergattung bildet ein

---

162) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 480; hierüber ferner Staub, Anm. 3 zu § 419 HGB.

163) Opitz u. Schultz in Bankarchiv 1925, Sonderbeilage Nr. 16 S. 4; RG. 65, 178 ff.: Urteil vom 13. Febr. 1907; Komm. R.G.R. Anm. 6 zu § 929 BGB.; JurW. 1930 S. 1386/87: Urteil des RG. vom 20. April 1929.

164) RG. 82, 34: Urteil vom 11. März 1913; Rießer, Anm. 2c zu § 2 Dep.Ges. S. 96.

Sammelkonto für sich, welches gesondert aufbewahrt werden muß. Fehlt die Ermächtigung des § 2 Dep.Ges., so ist die Einlegung der Papiere in ein Sammeldepot ausgeschlossen.[165])

Bei dem Sammeldepot bleibt das Verfügungsrecht des Kunden unbeschränkt.[166]) Er kann über seinen Anteil frei verfügen (§ 747 BGB.). Daraus ergibt sich auch ohne weiteres seine Verpfändungsbefugnis.[167]) In § 1258 BGB. ist auch das Pfandrecht an einem Gemeinschaftsanteil erwähnt. Der Verpfänder überträgt hierbei den Mitbesitz am gesamten Sammeldepot auf den Pfandgläubiger, und zwar ungeteilt, nicht aber den Besitz oder Mitbesitz an dem Sammeldepotanteil; Besitz an einem ideellen Sachanteil ist begrifflich nicht möglich.[168]) Die Verpfändung muß nur auf den Anteil zielen, nicht auf einzelne Stücke. Die Bestellung des Pfandrechtes erfolgt, da es sich beim Sammeldepotanteil nicht um ein Forderungsrecht, sondern um ein Miteigentumsanteilsrecht handelt, nicht gemäß § 1273 BGB., sondern gemäß § 1205 BGB. Es ist hiernach Einigung und Uebergabe erforderlich.

Bei der Bestellung eines Pfandrechtes an allen Werten des Kunden, welche in den Besitz der Bank gelangen, falls solche durch die allg.G.B. der Bank mit dem Kunden vereinbart wird, reicht die Einigung über die Entstehung des Pfandrechtes (auch, wie bereits früher dargelegt, über seine zukünftige Entstehung), aus (§ 1205 Abs. I S. 2 BGB.), da die Bank bereits im Besitze der W.P. ist.[169]) Der mittelbare Mitbesitz ist genügend.[170]) Handelt es sich um den erweiteren Effektengiroverkehr, so erhält die Effektengirobank den unmittelbaren Besitz an den Papieren. Mittelbare Besitzer werden der Zentralbankier und der Provinzbankier, der dem Zentralbankier die Papiere zur Einlegung in das Sammeldepot liefert. Der Depotkunde wird mittelbarer Mitbesitzer und Miteigentümer.[171])

Auch zur Sicherheitsleistung für Börsentermingeschäfte im Sinne des § 54 Abs. II des Börsengesetzes können Sammeldepotanteile verpfändet werden; da diese aus „W.P." bestehen, so ist aus dem wirtschaftlichen Sinne jener Vorschrift zu schließen, daß eine solche

---

165) Arnold S. 16.

166) KG. in Entsch. O.L.G. Bd. 2 Nr. 54 S. 8: Urteil vom 24. Dez. 1900.

167) Hierüber Opitz in Bankarchiv 1928 (Bd. 27) S. 195 ff.; anderer Meinung Eichholz in JurW. 1928 S. 1544/45, gegen welchen Opitz in JurW. 1928 S. 2603 unter Bezugnahme auf Komm. R.G.R. Anm. 8 zu § 1258 BGB. Stellung nimmt.

168) Opitz an der letztangeführten Stelle.

169) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 479; dieselben in Bankarchiv, Sonderbeilage Nr. 16 des Jahrg. 1925 S. 8; Deichmann S. 94.

170) Kommentar R.G.R. Anm. 8 zu § 1205.

171) Ascher § 13 S. 29/30.

Sicherheit auch durch Verpfändung von Sammeldepotanteilen geleistet werden kann. Jedoch sind die Formvorschriften des § 54 des Börs.Ges. zu beachten.[172])

Auch die besonders im Effektengiroverkehr für das Pfandrecht in Betracht kommende Vorschrift des § 8 des Dep.Ges., nach der ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde W.P. einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, der Veräußerung usw. übergibt, dem Dritten mitzuteilen hat, daß die Papiere fremde seien, findet nach allgemeiner Meinung beim Effektensammeldepot Anwendung, wenn der Gesetzeswortlaut auch nur von W.P. spricht. Denn da dem Gesetzgeber zur Zeit der Schaffung des Depotgesetzes der Fall des Effektensammeldepots noch unbekannt war, muß jene Bestimmung auch dem gleich schutzwürdigen Hinterleger des Effektensammeldepots zustatten kommen.[173])

Die Vorschrift des § 8 Dep.Ges. soll den Kunden des Lokalbankiers vor der Gefahr schützen, daß das Pfandrecht des Zentralbankiers, welches üblicherweise in den allg.G.B. begründet wird, auch seine durch Vermittlung des Lokalbankiers in das Gewahrsam des Zentralbankiers gelangten Papiere wegen der Forderung ergreife, die dem Zentralbankier gegen den Lokalbankier zusteht. Der Dritte, also der Zentralbankier, der eine solche Mitteilung empfangen hat, kann dann an den ihm von dem Lokalbankier übergebenen W.P. ein Pfandrecht nur wegen solcher Forderungen an einen Auftraggeber geltend machen, die mit Bezug auf diese W.P. entstanden sind (§ 8 Abs. II Dep.Ges.).[174]) Diese Beschränkung gilt nach der Entscheidung des R.Ger. Bd. 71 S. 338 (Urteil vom 11. Juni 1909) nicht nur für das gesetzliche Pfandrecht (§ 397 HGB.), sondern auch nach dem Wortlaute des Gesetzes für das vertragsmäßige Pfandrecht, also auch für dasjenige, welches auf Grund von allg.G.B. entstanden ist. Der Zentralbankier hat also, um eine Uebersicht zu erhalten, Vorsorge zu treffen, daß er jederzeit erkennen kann, welche Papiere der Lokalbankier ihm als fremde bezeichnet hat und welche nicht. Es ist daher seit dem Inkrafttreten des Dep.Ges. üblich geworden, zu diesem Zwecke zwischen Depot B (fremde) und Depot A (nicht fremde) zu unterscheiden. Das Depot B wird also bei dem Zentralbankier als Depot des Lokalbankiers geführt, wobei es sich um fremde, der Kundschaft des Lokalbankiers gehörende, Bestände handelt. Das Gesetz schreibt eine getrennte Aufbewahrung der im Depot A und B für denselben Hinterleger verbuchten W.P. nicht vor. Es handelt sich somit beim Aus-

---

172) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 668.

173) Erlanger § 9 S. 40.

174) RG. 117, 95: Urteil vom 18. Mai 1927; Bankarch. 1911 (10. Bd.) Nr. 15 S. 236: Urteil des RG. vom 20. Dez. 1910; RG. 71, 338: Urteil vom 11. Juni 1909.

einanderhalten von Depot A und B nur um eine Buchungsangelegenheit. Besondere Schwierigkeiten entstehen hierdurch bei der Sammelverwahrung nicht.[175]) Die Beobachtung der Vorschrift des § 8 Dep.Ges. wird auch nicht dadurch entbehrlich, daß die Bank in ihren allg.G.B. die Zusicherung gibt, daß nur die im § 8 Abs. II des Dep.Ges. erwähnten beschränkten Rechte geltend gemacht werden können, und daß die Zwischenglieder von Provinz- bis zum Zentralbankier dieselbe Erklärung abgeben, denn fremdes Eigentum muß nach § 8 Abs. II kenntlich gemacht werden.

Beim Berliner Kassenverein ist eine Mitteilung des Effektengirokunden gemäß § 8 Dep.Ges. bei der Einlieferung von Beständen zum Sammeldepot des Kassenvereins deshalb nicht erforderlich, weil in § 7 Abs. II der Geschäftsordnung erklärt ist, daß die hinterlegten W.P. behandelt würden, als wenn ihm vom Kontoinhaber eine Mitteilung gemäß § 8 Abs. I des Bankdepotgesetzes gemacht worden wäre,, woraus sich dann gemäß § 8 Abs. II dieses Gesetzes ergibt, daß ein Pfandrecht an den hinterlegten Papieren vom Kassenverein nur wegen solcher Forderungen an den Empfangsberechtigten geltend gemacht werden können, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind. Hierdurch kommt praktisch die vom Gesetze mit der Vorschrift des § 8 Dep.Ges. bezweckte Schutzmaßnahme zugunsten des Hinterlegers nicht in Betracht.[176])

Während die Pfandbestellung in der Praxis meistens durch Aushändigung der effektiven W.P. erfolgt (§ 1205 Abs. II BGB.), erfordert die mit der Sammelverwahrung angestrebte Blockierung der W.P., daß auch die im Umlaufe befindlichen Papiere, welche Pfandzwecken dienen sollen, in das Sammeldepot aufgenommen werden. Deshalb liegt es im Interesse der Banken, Pfandkonten für ihre Kunden einzurichten. Die Aussonderung von Pfandstücken und getrennte Aufbewahrung würde die Zentralisierung der Papiere wesentlich beeinträchtigen. Sie erscheint aber auch für die Bestellung des Pfandrechtes an Sammeldepotanteilen entbehrlich. Der Kassenverein hat sie allerdings eingeführt, und zwar mit Rücksicht auf die Entsch. des R.Ger. vom 28. Oktober 1902 (Bd. 52 S. 385 ff.), welche die „Konkretisierung“ des Pfandobjektes fordert. Das R.Ger. führt hier aus, „daß die Uebertragung des Besitzes an einzelnen Bestandteilen an einer Sachgesamtheit im Gegensatz zu ideellen Anteilen an einer solchen es erforderlich mache, daß eine tatsächliche Gewalt . . . gerade an einzelnen individuell zu bestimmenden Gegenständen der Gesamtheit begründet werde“. Die Bezeichnung der zu verpfändenden Gegenstände lediglich der Zahl oder Menge nach sei

175) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 670.
176) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 670/71.

daher zur Uebertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger jedenfalls dann nicht geeignet, wenn auch in der Folge die Pfandobjekte nicht individuell bestimmt würden.[177] Es handelt sich nun aber bei der Bestellung des Pfandrechtes an einem Sammeldepotanteile nicht um reale Teile einer Sachgemeinschaft, sondern um ideelle Anteile am Sammeldepot. Es soll nicht der mittelbare Besitz an Stücken zum Zwecke der Pfandbestellung übertragen werden, sondern der Besitz am Sammeldepot. Solche Pfandbestellung ist auch ohne Konkretisierung der W.P. möglich.[178] Uebrigens ist auch in der erwähnetn Entsch. des R.Ger. Bd. 52 S. 391 hervorgehoben, daß sie die in der früheren Entsch. Bd. 21 S. 33 behandelten Verhältnisse beim Giroeffektendepot nicht betreffen will. Die Besitzübertragung erfolgt bei der Verpfändung des Sammeldepotanteiles durch Anweisung des verpfändeten Depotkunden an die Depotstelle zur Umbuchung auf das Pfandkonto des Pfanderwerbers, die den Abschluß eines Verwahrungsvertrages mit diesem darstellt.[179]

d) Die Entstehung des Pfandrechtes am Schrankfachdepot.

Beim Schrankfachdepot entsteht zwischen der Bank und dem Kunden in dem Augenblicke, in welchem dem Kunden von der Bank der Schlüssel zu dem Schrankfach ausgehändigt worden ist, Mitbesitz an den in dem Schrankfach befindlichen W.P. des Kunden, und zwar unmittelbarer Mitbesitz.[180] Da die Bank gemäß § 868 BGB. den Besitz für den Kunden ausübt, ist der Kunde zugleich mittelbarer Besitzer. Bestellt nun der Kunde der Bank ein Pfandrecht an den in seinem Schrankfach ruhenden W.P., so bedarf es dazu keiner weiteren Besitzübertragung mehr, sondern lediglich der Willenseinigung zwischen der Bank und dem Kunden, daß ersterer das Pfandrecht zustehen soll.[181] Sehen die allg.G.B. der Bank das Pfandrecht an dem Inhalte eines Schließfaches ausdrücklich vor, so kommt die Willenseinigung auch durch die allgemeine Anerkennung der allg. G.B. zustande. Nicht dagegen genügt eine allgemeine Bestimmung in den G.B., nach welchen der Bank an den Werten des Kunden ein Pfandrecht zustehen soll.[182]

---

177) Lemaitre S. 32/33.

178) Entsch. RG. Bd. 52 S. 388 ff.: Urteil vom 28. Okt. 1902 über die Konkretisierung; JurW. 1916 S. 690 Nr. 2: Beschluß des L.G. Berlin vom 1. Nov. 1915; Opitz u. Schultz in Bankarchiv 1925, Sonderbeilage Nr. 16 S. 9; Entsch. RG. Bd. 103 S. 154: Urteil vom 7. Nov. 1921; Arnold S. 22.

179) Opitz, Sonderbeilage des Bankarchiv Nr. 16 vom 15. Mai 1925.

180) Staub-Koenige, Anm. 13 in Anh. zu § 424 HGB.; anderer Meinung Staudinger, Anm. 1a zu § 866 BGB., welcher Alleinbesitz des Kunden annimmt.

181) M. Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 22—201.

182) Staub-Koenige, Anm. 13 in Anh. zu § 424 HGB.; Rießer S. 48 Anm. c.

III. Abschnitt.

Der gutgläubige Pfanderwerb.

Ebenso wie die Bestellung des Pfandrechtes an Inhaberpapieren an andere Voraussetzungen geknüpft ist wie diejenige an Orderpapieren, so hat auch der Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbs vom legitimierten Nichteigentümer bei Inhaber- und Orderpapieren Besonderheiten aufzuweisen. Der gutgläubige Erwerb von Inhaberpapieren folgt den Regeln über den gutgläubigen Erwerb an beweglichen Sachen. Die in Betracht kommenden §§ 1205, 1206 BGB. gehen grundsätzlich davon aus, daß nur der Eigentümer der Papiere rechtmäßig ein Pfandrecht an der Sache bestellen kann. Dies wird aber durch die Vorschrift des § 1207 BGB., wonach auf die Verpfändung die für den Erwerb des Eigentums geltenden Vorschriften der §§ 932, 934, 935 BGB., nicht aber des § 933 BGB. wegen Unzulässigkeit des constitutum possessorium bei der Verpfändung, entsprechende Anwendung finden, dahin erweitert, daß ein Pfandrecht im guten Glauben auch erworben werden kann, wenn der Verpfänder nicht Eigentümer der Sache ist. Der Pfandnehmer erwirbt dann ein gültiges Pfandrecht, wenn er sich hinsichtlich des Eigentumes des Pfandbestellers im guten Glauben befindet. Der Erwerber ist nicht im guten Glauben, wenn ihm bekannt oder infolge grober Fahrlässigkeit unbekannt ist, daß die Sache nicht dem Verpfänder gehört. Eine besonders schwere Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt liegt dann vor, wenn dem Pfandgläubiger beim Erwerbe des Pfandrechtes Umstände bekannt waren, welche den dringenden Verdacht begründen mußten, daß der Verpfänder der Papiere nicht der Berechtigte sei.[183] Unter dem Gesichtspunkte der groben Fahrlässigkeit ist auch der Eventualdolus erheblich, der an sich der wirklichen Kenntnis vom Nichteigentum nicht gleichsteht.[184] Ein grobe Fahrlässigkeit wird z. B. dann immer anzunehmen sein, wenn Mäntel von W.P. oder Titel ohne die dazugehörigen Zins- und Erneuerungsscheine verpfändet werden, ohne daß eine besondere dahingehende Abmachung vorliegt, weil das geringste Maß der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erfordert, daß sich der Empfänger von der verkehrsmäßigen Beschaffenheit der Papiere überzeugen muß.[185] Zu beachten ist auch § 367 HGB. Beim Vorliegen seiner

---

183) Komm. R.G.R. Anm. 6 und Staudinger II 1a β zu § 932 BGB.

184) Komm. R.G.R. a. a. O.

185) Urteil des RG. vom 20. Mai 1904 in Bankarchiv 1904 (3. Jahrg.) Nr. 2 S. 28.

Voraussetzungen gilt der gute Glaube des Pfandgläubigers beim Pfanderwerbe als ausgeschlossen. Hiergegen bleibt dem Pfandgläubiger nur der Nachweis offen, daß er die Veröffentlichung infolge besonderer Umstände nicht kannte, noch kennen mußte.[186])

Guter Glaube liegt also regelmäßig dann vor, wenn der Gläubiger der Meinung ist, der Verpfänder sei Eigentümer. Eine Erleichterung tritt nach § 366 HGB. bei einer von einem Kaufmanne im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommenen Pfandbestellung ein. In diesem Falle genügt es zur Gutgläubigkeit des Pfandnehmers, wenn er ohne grobe Fahrlässigkeit annimmt, daß der Verpfänder für den Eigentümer verfügen dürfe. Ebenso wie beim Eigentumserwerbe deckt auch hier der gute Glaube nicht den Mangel persönlicher Verfügungsfähigkeit, also der Geschäftsunfähigkeit, auch nicht das Abhandenkommen mit den in § 935 BGB. vorgesehenen drei Ausnahmen.[187])

Nach § 935 BGB. ist die Geltung der §§ 932 und 934 BGB. ausgeschlossen, wenn die Sache dem Eigentümer gestohlen worden, verloren gegangen oder sonst abhanden gekommen war. Als abhanden gekommen gilt eine Sache auch dann, wenn ein Geschäftsunfähiger oder Geschäftsbeschränkter über sie verfügt hat.[188]) Eine Ausnahme von dieser Ausnahme machen aber die Inhaberpapiere gemäß § 935 Abs. II BGB., wonach in Verbindung mit § 1207 BGB. zur Begründung eines auch gegen den Eigentümer wirksamen Pfandrechtes an einem Inhaberpapier es genügt, daß das Papier einem redlichen Pfandnehmer zum Zwecke der Verpfändung übergeben wurde. Hier kommt es also nur auf den guten Glauben des Erwerbers an, gleichgültig ist es, wie der Verpfänder das Papier erlangt hat.[189])

An den Inhaberpapieren können gleichzeitig mehrere Pfandrechte bestehen. Der Rang derselben bestimmt sich nach § 1209 BGB. Wenn das Papier mit dem Rechte eines Dritten belastet ist, so geht das Pfandrecht dem Rechte des Dritten (auch seinem Pfandrecht an der Sache) vor. Danach wird der Grundsatz: „prior tempore, potior jure" durch den gutgläubigen Erwerb eines bereits vorher mit einem Pfandrechte behafteten Papieres durchbrochen.[190]) Denn nach § 1208 BGB. erhält derjenige, der gutgläubig ein vertragliches Pfandrecht erwirbt, regelmäßig den Vorrang vor früheren Rechten. Diese Bestimmung ist durch § 1257 BGB. auch auf das gesetzliche Pfandrecht ausgedehnt worden.[191])

186) Wegen der Beweisfrage: Wenzel S. 18; Liebelt S. 27.
187) Staub-Koenige, Anm. 3b zu § 366 HGB. S. 717.
188) Motive zum BGB. III S. 348.
189) Staudinger, Anm. II zu § 935 BGB.
190) Wenzel S. 19.
191) Verkehrsr. Rundsch. 1929 (Bd. 8) Nr. 228 Sp. 332.

Andere Regeln gelten dagegen für den gutgläubigen Erwerb von Orderpapieren. Es ist hier zu unterscheiden zwischen der Verpfändung eines Orderpapiers nach den allgemeinen Vorschriften über die Verpfändung von Rechten und der durch Einigung und Uebergabe des indossierten Papiers nach § 1292 BGB. Im erstgenannten Falle findet ein Schutz des gutgläubigen Pfandnehmers nach §§ 1207, 1208 BGB. nicht statt, wie sich aus § 1274 BGB. und § 1273 Abs. II Satz 2 ergibt.[192]) Anders dagegen bei der Verpfändung nach § 1292 BGB. Die Vorschriften des BGB. und des HGB. über den redlichen Erwerb von Sachen (§§ 932 bis 936 BGB. und § 366 HGB.) beziehen sich nur auf bewegliche Sachen und Inhaberpapiere, aber nicht auf Orderpapiere. Der Erwerb des Pfandrechtes an einem Orderpapier in gutem Glauben erfolgt nach § 365 HGB., der auf Art. 74 W.O. verweist. Der Art. 74 W.O. schützt den nach Art. 36 W.O. legitimierten gutgläubigen Erwerber eines Wechsels gegen den Anspruch auf Herausgabe des Wechsels, es sei denn, daß er den Wechsel in bösem Glauben erworben hat oder ihm bei der Erwerbung des Wechsels eine grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Dieser Schutz besteht nach § 365 HGB., also auch in Hinsicht auf jedes Orderpapier zugunsten des Erwerbers. Derselbe reicht erheblich weiter als der auf §§ 932 bis 936 BGB. und § 366 HGB. beruhende. Denn der Art. 74 W.O. greift bei jedem gutgläubigen Erwerbe Platz, mag sich der gute Glaube auf das Vorhandensein des in Wahrheit nicht vorhandenen Eigentums des Verpfänders beziehen, oder auf die fehlende Verfügungs- oder Vertretungsbefugnis oder auf Willensmängel des Begebungsvertrages. Der gute Glaube heilt alle Mängel des materiellen Begebungvertrages. Der Schutz findet auch auf gestohlene, abhanden gekommene und verlorene Orderpapiere Anwendung.[193]). Wenn auch der Art. 74 W.O. nicht ausdrücklich vom Eigentumserwerb des gutgläubigen Nehmers des Wechsels spricht, sondern nur die Vindikation gegen ihn ausschließt, so hat der Erwerber alle Rechte aus dem Wechsel, also das Recht an dem Papier als auch das Recht aus dem Papier.[194]) Aus der Eigentümerstellung nach außen folgt, daß der gutgläubige Erwerb des Wechselpfandgläubigers nach Art. 74 W.O. geschützt wird und daß ihm nur die Einreden des Art. 82 W.O. entgegengesetzt werden dürfen. Aus seiner Pfandgläubigerschaft nach innen folgt aber, daß er gegen den Verpfänder keinen wechselmäßigen Anspruch hat.[195])

---

192) Staub-Koenige, Anm. 3a zu § 366 HGB. S. 717.

193) Staub, Anm. 8 zu § 365 HGB.; RG. 103, 89; Mayer S. 33; Felsmann S. 44; RG. 112, 203.

194) Ebenso JurW. 1926 S. 1548/49; anderer Meinung Staub-Stranz in JurW. 1926 S. 1548/49 Anm. 3 zu Nr. 3.

195) Komm. R.G.R. Anm. 1 zu § 1292; RG. 26, 100/01: Urteil vom 26. April 1890, und 87, 367/68: Urteil vom 7. Dez. 1905.

Bei den Dispositionspapieren wird derjenige, dem das indossierte Papier nach erfolgter, auf Pfandbestellung gerichteten Einigung übergeben ist, als gutgläubiger Erwerber ebenso geschützt, wie wenn er die Ware selbst erworben hätte. Er genießt also nicht nur bezüglich des Papiers, sondern auch hinsichtlich der Ware selbst denjenigen höheren Schutz, den der gutgläubige Erwerb von Orderpapieren durch Indossament gewährt.[196]) Auch hier begründet die Verpfändung des Papieres nach den allgemeinen Vorschriften über die Verpfändung von Rechten nicht den Schutz des gutgläubigen Pfanderwerbers.

Ein Lagerschein ist nur dann Dispositionspapier (Traditionspapier), wenn er an Order lautet. Ist er dagegen ohne Benennung eines Gläubigers auf den Inhaber gestellt, so hat er die Natur eines Inhaberpapiers.[197]) Im letzteren Falle kommen also hier wieder die allgemeinen Normen für den Erwerb vom Nichteigentümer in Betracht, nämlich die §§ 1207, 1208, bzw. die §§ 932, 934, 935 BGB.

Der Erwerb eines Pfandrechtes im guten Glauben an einer indossablen Namensaktie richtet sich nach den Vorschriften über den Erwerb einer indossablen Namensaktie. Im § 222 HGB. wird bezüglich der Legitimation des Veräußerers auf den Art. 36 W.O. und wegen der Verpflichtung zur Herausgabe ebenfalls auf den Art. 74 W.O. verwiesen. Der Pfandgläubiger erhält hiernach dann ein gültiges Pfandrecht, wenn der Verpfänder gemäß Art. 36 W.O. durch eine zusammenhängende, bis auf ihn heruntergehende Reihe gültiger Indossamente als berechtigt legitimiert ist.[198]) Der Art. 74 W.O. heilt alle Mängel.[199])

Ein Pfandrecht im guten Glauben an einer Rektaaktie ist nicht möglich, da hier ein unrechtmäßiger Verpfänder nicht legitimiert sein kann. Gibt der Verpfänder vor, er sei zur Begebung berechtigt, und vertraut ihm der Pfandnehmer, so tut er dies auf eigene Gefahr.[200]) Ebensowenig ist ein Pfanderwerb an einer vinkulierten Namensaktie in gutem Glauben möglich. Dies folgt aus ihrem Charakter als Rektaaktie und dem Erfordernis der Zustimmung der Gesellschaft.[201]) Das Constitutum possessorium, welches nach den §§ 931, 933 BGB. für den Eigentumserwerb zugelassen ist, ist durch die §§ 1207, 896 BGB. für den gutgläubigen Pfanderwerb ausgeschlossen.[202])

---

196) Felsmann S. 44 und Liebelt S. 23.
197) Mosse-Heymann, Anm. 1 zu § 424 HGB.
198) Linsert S. 14.
199) Vgl. hierzu Staub, Anm. 13 u. 14 zu § 222 HGB.
200) Linsert S. 14.
201) O.L.G. Hamburg vom 7. Febr. 1913 in O.L.G. 26, 206/07.
202) Staub-Koenige, Anm. 3a zu § 366 HGB. S. 717.

Für die Frage, welche Rolle im Bankverkehr der gute Glaube beim Sammeldepot spielt, ist das Verhältnis des oben erwähnten § 8 Dep.Ges. zu den allgemeinen Grundsätzen über die Bedeutung des guten Glaubens für den Pfandrechtserwerb an beweglichen Sachen maßgebend. Bei der Bestimmung des § 8 Dep.Ges. ist davon auszugehen, daß der Zentralbankier, wenn der Lokalbankier die verpfändeten Papiere nicht als fremde bezeichnet hat, in der Regel auf diese Erklärung vertrauen darf, es ihm daher nicht als grobe Fahrlässigkeit anzurechnen ist, wenn er es unterläßt, besondere Erkundigungen darüber einzuziehen, ob die Papiere nicht trotz der Erklärung des Lokalbankiers fremde seien.[203]) Hierzu wäre er übrigens gar nicht in der Lage. Es ist anzunehmen, daß die Bestimmungen der §§ 1293, 1209, 932 BGB. in Verbindung mit § 366 HGB., wonach an beweglichen Sachen, die ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes verpfändet, von dem Empfänger ein Pfandrecht erwerben wird, auch wenn er weiß, daß die Sachen dem Verpfänder nicht gehören, sondern er nur über dessen Befugnis, über die Sachen für den Eigentümer zu verfügen, in gutem Glauben ist, durch den Grundsatz des § 8 Dep.Ges. nicht beseitigt ist. Nach der Entsch. des R.Ger. Bd. 71 S. 339 kann der § 8 Dep.Ges. trotz der Wortfassung seines Abs. II nicht den Sinn haben, daß durch die vorgeschriebene Mitteilung der Erwerb des über die dortigen Schranken hinausgehenden Pfandrechtes unter allen Umständen ausgeschlossen sein werde. Es findet sich auch hierfür, daß der gute Glaube des Pfandnehmers an die Verfügungsbefugnis des Verpfänders, die sonst im Handelsverkehr geltende Wirkung (§ 366 HGB.) im Anwendungsgebiete des Bankdepotgesetzes nicht hervorrufen soll, in dem Wortlaut des § 8 Dep.Ges. kein Anhalt.[204])

Aber auch dann, wenn der Zentralbankier aus einer nachträglichen Mitteilung des Lokalbankiers erst erfahren hat, daß die Papiere fremde waren, oder wenn dies von ihm oder von einem mit der Erledigung des Geschäftes betrauten Angestellten angenommen worden war, erwirbt die Zentralbank das gesetzliche und vertragsmäßige Pfandrecht dann, wenn sie bezüglich der Verfügungsbefugnis der Provinzbank über die eingesandten Papiere in dem maßgebenden Zeitpunkte im guten Glauben war. Der Bankier muß in dem Zeitpunkte gutgläubig sein, in dem er die Vermögensstücke des Kunden als Pfand in Besitz nimmt.[205]) Ein Pfandrecht würde nur dann ausgeschlossen gewesen sein, wenn die Zentralbank nicht oder nur in-

---

203) Rießer, Anm. 3 zu § 8 S. 227.

204) RG. 117, 95/96: Urteil vom 18. Mai 1927.

205) Heilbrunn in JurW. 1931 (S. 2282).

folge grober Fahrlässigkeit in Unkenntnis darüber gewesen wäre, daß der Provinzbank ein Verfügungsrecht fehlt.[206])

Wird die Bank über das Vorhandensein einer formgerechten Sonderermächtigung im Sinne des § 2 Dep.Ges. (s. oben unter II. 4, c), durch welche der Pfandgläubiger oder Hinterleger ermächtigt wird, an Stelle hinterlegter oder verpfändeter W.P. der in § 1 Dep.Ges. bezeichneten Art gleichartige W.P. zurückzugewähren, getäuscht, so wird ein Pfandrecht auf Grund seines guten Glaubens jedenfalls zur Entstehung kommen können.[207]) Werden ihm fremde W.P. als Sicherheit angeboten, so muß er sich eine Ermächtigung, die allein die Verpfändungsbefugnis herstellen kann, vorlegen oder wenigstens deren Existenz in irgendeiner Weise glaubhaft machen lassen müssen. Wenn dies geschehen ist, so kann ihn kein Vorwurf treffen, wenn er infolge des betrügerischen Verhaltens des Verpfänders einem Irrtum unterlegen ist.

Hinsichtlich der Frage, ob ein Erwerb im guten Glauben auch bei Vertretung des Pfandbestellers möglich ist, ist davon auszugehen, daß grundsätzlich nur der Eigentümer an einer Sache ein wirksames Pfandrecht bestellen kann.[208]) Wenn das Pfandrecht durch einen Vertreter des Berechtigten bestellt wird, so ist zu unterscheiden, ob rechtmäßige oder nicht rechtmäßige Vertretung vorliegt. Liegt rechtmäßige Ausübung der Vertretungsmacht vor, so erwirbt der Pfandnehmer ein Pfandrecht nach den allgemeinen Regeln über die Stellvertretung selbst dann, wenn er sich in vermeintlichem schlechten Glauben über die Vertretungsbefugnis befunden hat. Liegt dagegen eine nichtrechtmäßige Ausübung der Vertretungsmacht vor, so ist ein Pfandrechtserwerb nur möglich, wenn der Pfandnehmer den Vertreter gutgläubig für den Eigentümer selbst hält. Dagegen würde der gute Glaube darüber, daß der als Vertreter Handelnde wirklich Vertreter sei, nichts nützen.[209]) Stimmt der Eigentümer einer Sache der Bestellung des Pfandrechtes durch einen Dritten zu, oder genehmigt er sie nachträglich, so ist auch dieses Pfandrecht gültig (§ 185 BGB.).

---

206) RG. vom 20. Dez. 1910 in Bankarchiv 1911 (10. Jahrg.) Nr. 15 S. 236/37; Warn. Jahrb. 1911 S. 170.

207) RG. 82, 34: Urteil vom 11. März 1913.

208) § 1205 BGB.; Staub, Anm. 24 zu § 368 HGB. und Anm. 5 zu § 366 HGB.

209) Linsert S. 10; bezüglich der Bestellung eines Pfandrechtes durch einen Besitzdiener: vgl. RG. 71, 241.

IV. Abschnitt.

Die Weiterverpfändung von verpfändeten Wertpapieren.

Eine Weiterverpfändung von verpfändeten W.P. ist grundsätzlich nicht zulässig. Dem steht der Wortlaut der §§ 1228, 1245, 1295 BGB. entgegen, worin ausdrücklich nur von dem Verkaufe des Pfandes gesprochen wird. Auch die §§ 1282, 1294 BGB. sehen eine Weiterverpfändung nicht vor, vielmehr wird dem Gläubiger dort nur die Einziehung der Forderungen gestattet.

Auch für das Geltungsgebiet des Depotgesetzes gilt für die Regel nichts anderes. Nach § 2 Dep.Ges. bedarf es einer ausdrücklichen und schriftlich abgegebenen Erklärung des Nichtbankierkunden, wenn der Verwahrer oder Pfandgläubiger (die Bank) ermächtigt sein soll, über die verpfändeten Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen. Es fragt sich, ob im Falle der Abgabe einer solchen Erklärung diese auch die Ermächtigung zur Weiterverpfändung enthält. Dies ist aber mit dem R.Ger. Bd. 52 S. 204 und Bd. 58 S. 286: Urteil vom 17. Juni 1904 zu verneinen, da zu einer Verfügung über die verpfändeten Papiere ein auf Grund der Ermächtigung erfolgender Aneignungsakt erforderlich ist, die Weiterverpfändung aber das Eigentum des Verpfänders bestehen läßt und die Individualität der Papiere nicht aufhebt. Das Gesetz gibt keinen Anhaltspunkt dafür, was unter „zu seinem Nutzen zu verfügen" zu verstehen ist. Allerdings kann die von dem Kunden dem Bankier erteilte Ermächtigung, über die hinterlegten W.P. „zu seinem Nutzen zu verfügen", nach der Ansicht der beiden Parteien auch eine engere sein. Es kann gerade in der Absicht gelegen haben, daß die Verfügungsbefugnis der Bank sich auch auf die Weiterverpfändung erstrecken soll.[210]) Beim Sammeldepot ist aber in der unterschiedslosen, mit der Absicht des Eigentumserwerbs verknüpften Vermengung der Papiere mit anderen W.P. der Aneignungsakt zu finden.[211])

Geht die ausdrücklich oder aus den Umständen sich ergebende Absicht der Parteien dahin, daß der Hinterleger oder Verpfänder mit der Ermächtigung nicht jede, sondern nur eine ganz bestimmte Art der Verfügung der Bank einräumen wollte, so muß die Bank nach § 1 Dep.Ges. die Papiere gesondert aufbewahren. Die Bank braucht nur insoweit und solange nicht gesondert aufzubewahren, als dies mit der eingeräumten Ermächtigung unvereinbar ist. Die Buchungseintragungspflicht des § 1 Dep.Ges. bleibt jedoch fortbestehen. Die Bank

---

210) Rießer, Anm. 6 zu § 2 S. 104—106.
211) RG. 52, 205.

erlangt also durch eine Verfügung im Rahmen einer solchen engen Ermächtigung nicht das Eigentum an den hinterlegten Papieren. Die Vermutung spricht aber nicht für eine solche engere Auslegung.

Die erwähnte Ermächtigung des Kunden ist nun noch von besonderer Bedeutung hinsichtlich des § 8 Dep.Ges. (Mitteilungspflicht, daß die Papiere fremde sind). Es bedarf nicht der Mitteilung, wenn die Bank die ordnungsmäßige und unbegrenzte Ermächtigung erhalten hat, gleichartige Papiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu ihrem Nutzen zu verfügen. In diesen Fällen ist die Unterlassung der Mitteilung nach § 8 Dep.Ges. als eine der Bank auf Grund der Ermächtigung zustehende Aneignung oder als „Verfügung“, nämlich als Weiterverpfändung zugunsten des Zentralbankiers anzusehen. Auch dann ist eine Befreiung von der Mitteilungspflicht des § 8 Dep.Ges. anzunehmen, wenn eine nach § 2 Dep.Ges. erteilte Ermächtigung ausdrücklich oder nach der Absicht der Parteien nur so weit geht, daß die Bank berechtigt sein soll, die ihr zur Verwahrung oder als Pfand übergebenen fremden W.P. zu eigenem Nutzen zu verpfänden oder weiterzuverpfänden[212]), weil das Bestehen einer Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.Ges. die Verwirklichung der Ermächtigung, die W.P. weiterzuverpfänden, ausschließen würde.[213])

Wenn der Lokalbankier dem Zentralbankier fremde W.P. ausdrücklich für dessen sämtliche Forderungen gegen ihn verpfändet, so kann die Mitteilungspflicht nach § 8 Dep.Ges. nur dann in Wegfall kommen, wenn der Eigentümer der Papiere mit einer Verpfändung in diesem Umfange einverstanden war. Im anderen Falle ist die Verpfändung unerlaubt und strafbar. Besitzt der Lokalbankier bei der Vornahme der generellen Verpfändung das Einverständnis des Eigentümers noch nicht, erwartet er es aber und teilt er dem Zentralbankier mit, daß die Papiere fremde seien, so steht dies einer unter der Bedingung des Einverständnisses des Eigentümers getroffenen Verfügung über die Papiere gleich.[214])

---

212) Rießer, Anm. 3 zu § 8 Dep.Ges. S. 205.
213) Rießer, Anm. 3 zu § 8 Dep.Ges. S. 205.
214) Rießer, Anm. 2 zu § 8 Dep.Ges. S. 204.

V. Abschnitt.

Die Wirkung des Pfandrechtes.

Das verpfändete Papier haftet für die Forderung des Pfandgläubigers, und zwar haftet ein einzelnes Papier ungeteilt.[215]) Es kann aber vereinbart werden, daß ein einzelnes Papier nur zu einem Bruchteil seines Wertes verpfändet sein soll. Bei gleichzeitiger Verpfändung mehrerer Papiere haften die sämtlichen Papiere, bei Verpfändung eines Titels mit den dazugehörigen Zinsscheinen der Titel und die Zinsscheine, mag auch die Forderung nur eine geringfügigere sein.

Was die Wirkung eines Pfandrechtes an Inhaberpapieren anbetrifft, so richtet sie sich wie die Entstehung des Pfandrechtes nach den Vorschriften über die Verpfändung beweglicher Sachen, soweit nicht die §§ 1294 und 1296 BGB. Ausnahmen schaffen. Die Geltendmachung eines Herausgabeanspruches (§ 1227 in Verbindung mit § 985 BGB.) wegen Besitzentziehung eines verpfändeten Inhaberpapieres ist aber dadurch erschwert, daß der Pfandgläubiger die für das Eigentum des gegenwärtigen Besitzers bestehende Vermutung nicht durch den bloßen Nachweis unfreiwilligen Besitzverlustes beseitigen kann (§ 1006 Abs. I).[216])

Während schon eine Besonderheit für die gemäß § 1292 BGB. erfolgende Bestellung eines Pfandrechtes an Orderpapieren in dem Erfordernis der Indossierung liegt, so besteht eine weitere Besonderheit in der Wirkung solcher Verpfändung. Diese erstreckt sich, wie an früherer Stelle erwähnt, nicht nur auf das Orderpapier als Papier, sondern zugleich auch auf die Forderung, welche unzertrennlich vom Papier in letzterem verkörpert ist. Es ist nun zu unterscheiden zwischen der Zeit vor und nach der Pfandreife.

Bei dem gewöhnlichen Pfandrecht an Forderungen ist der Pfandgläubiger vor Eintritt seines Befriedigungsrechtes, wenn die Leistung vorher bewirkt oder veranlaßt werden kann, nach § 1281 BGB. nur berechtigt, die Leistung in Gemeinschaft mit dem Pfandschuldner entgegenzunehmen, weshalb auch nach § 1283 Abs. II BGB. zur wirksamen Kündigung des Schuldners eine Erklärung dem Pfandgläubiger und Forderungsgläubiger gegenüber verlangt wird. Nach § 1282 Abs. I Satz 1 BGB. ist der Pfandgläubiger vor Eintritt der Fälligkeit seiner Forderung auch nicht zur Einziehung der Forderung berechtigt.

---

215) Wenzel § 5 S. 26.
216) Felsmann S. 35 u. 36.

Nach § 1283 Abs. I BGB. bedarf der Verpfänder zu einer etwa erforderlich werdenden Kündigung einer Zustimmung des Pfandgläubigers nur dann, wenn dieser berechtigt ist, die Nutzungen zu ziehen. Leistet der Schuldner, so erwirbt mit der Leistung der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Pfandgläubiger ein Pfandrecht an dem Gegenstande (§ 1287 Satz 1 BGB.). Wird eine Geldforderung eingezogen, so ist der Betrag unter Mitwirkung des Pfandgläubigers und des Gläubigers nach den für die Anlegung von Mündelgeldern geltenden Vorschriften verzinslich anzulegen und gleichzeitig dem Pfandgläubiger das Pfandrecht daran zu bestellen.

Nach § 1294 BGB. gilt aber eine Ausnahme für die in Inhaber- und Indossablen-Papieren verkörperten Forderungsrechte. Bei der Verpfändung solcher Papiere steht dem Pfandgläubiger auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. II noch nicht eingetreten sind, vom Augenblicke der vollzogenen Pfandbestellung an das selbständige und ausschließliche Einziehungs- und Kündigungsrecht infolge seiner Alleinlegitimation nach außen zu. Der Schuldner kann auch nur an ihn allein leisten (§ 1294 BGB. letzter Satz). Die Beschränkung des § 1228 Abs. II Satz 1 BGB., daß die Fälligkeit der Forderung des Pfandgläubigers ganz oder teilweise eingetreten sein muß, greift nicht Platz. Der § 1294 BGB. enthält einen solchen beschränkenden Zusatz nicht. Dieses erstreckt sich auf den vollen Betrag der fälligen Leistung.

Jene Bestimmung bezieht sich aber nur auf solche Papiere, aus denen eine Leistung gefordert werden kann, auf Inhaber- und Namensaktien nur soweit, als sie zur Erhebung von Gewinnanteilen berechtigen.[217]) § 1294 BGB. gilt aber auch für Traditionspapiere, bei denen der Indossatar jederzeit die Auslieferung der darin genannten Sache verlangen kann, sofern in dem Papier nichts anderes bestimmt wird.

Die Bestimmung des § 1294 BGB. ist bei Orderpapieren nur anwendbar, wenn deren Verpfändung nach § 1292 BGB. erfolgt ist, nicht aber, wenn die Pfandbestellung nur nach den allgemeinen Vorschriften des § 1274 BGB., also durch bloßen Verpfändungsvertrag und Uebergabe des nichtindossierten Papiers, stattgefunden hat. Letzteres ergibt sich daraus, daß der Pfandgläubiger, dem ein Pfandrecht nach § 1292 BGB. eingeräumt ist, nach dem Willen der Parteien die Legitimation als Eigentümer erlangen soll, derjenige aber, dem ein Pfandrecht nach § 1274 BGB. bestellt ist, nach außen nicht als Alleinberechtigter legitimiert ist, weshalb auch dem Pfandzessionar nicht das alleinige Einziehungs- und Kündigungsrecht gewährt ist.[218]) Vor

---

217) Staub, Anm. 32 u. 66 zu § 368 HGB.

218) Staub, Anm. 67 zu § 368 HGB.; Felsmann S. 42.

der Fälligkeit der pfandgesicherten Forderung kann infolgedessen nur die Leistung oder Hinterlegung an den Verpfänder und den Pfandzessionar von jedem derselben nach § 1281 Satz 2 BGB. verlangt werden, und der Schuldner kann nach § 1281 Satz 1 BGB. nur an beide gemeinschaftlich leisten.

§ 1294 BGB. kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein Inhaberpapier nach Maßgabe der §§ 1205 Abs. II und 1206 BGB. nur durch Einräumung des mittelbaren oder Mitbesitzes verpfändet worden ist. Hier muß jedoch vor Ausübung der in § 1294 BGB. dem Pfandgläubiger zuerkannten Rechte die Geltendmachung eines Anspruches auf Einräumung des Alleinbesitzes gegen den Verpfänder oder des Herausgabeanspruches gegen den unmittelbaren Besitzer vorangehen, da zur Entgegennahme der Leistung von dem Drittschuldner Aushändigung der Urkunde an diesen erforderlich ist.

Wegen seiner Alleinlegitimation nach außen stehen dem Pfandgläubiger auch alle Befugnisse zu, welche sich aus dem Einziehungsrechte ergeben. Zur Einziehung ist er nach § 1285 Abs. II BGB. berechtigt und verpflichtet und muß für deren Ordnungsmäßigkeit Sorge tragen, da er sich sonst schadensersatzpflichtig machen kann.[219]) Dem Pfandgläubiger stehen nach § 1294 BGB. andere Befugnisse vor Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. II BGB. nicht zu. Er darf also z. B. weder einen Vergleich selbständig abschließen noch die Forderung erlassen. Auch nach Fälligkeit seiner pfandgesicherten Forderung darf er das verpfändete Papier nicht weiter indossieren, da jede Weiterbegebung unrechtmäßig und nichtig ist (§ 1273 Abs. II mit § 1243 Abs. II). Eine Ausnahme hiervon besteht lediglich beim sogenannten irregulären Pfandrecht, wenn der Pfandgläubiger das Recht hat, andere Stücke statt der verpfändeten zurückzugeben und die Papiere bereits in das Eigentum des Pfandgläubigers übergegangen sind. Die Bestimmungen des § 1294 haben nach § 1284 BGB. nur dispositiven Charakter, können daher durch vertragsmäßige Vereinbarung abgeändert, erweitert oder ausgeschlossen werden.

Sind die Voraussetzungen des § 1228 Abs. II BGB. eingetreten (d. h. also nach der Pfandreife), dann verbleibt dem Pfandgläubiger allein das Einziehungs- und Kündigungsrecht des § 1294 BGB., da er weiter allein legitimiert ist. Ist seine Forderung als Geldforderung fällig geworden, dann kann der Pfandgläubiger auch eine Wechselforderung selbständig einziehen. Der Drittschuldner ist verpflichtet, nur noch an ihn zu zahlen (§ 1282 Abs. II BGB.). Während der Pfandzessionar die verpfändete Forderung nur bis zur Höhe seiner eigenen pfandgesicherten Forderung einziehen darf (§ 1282 Abs. I Satz 2), gilt bei der Verpfändung von Orderpapieren durch Indossament und von

---

219) Seufferts Archiv Bd. 5 Nr. 30.

Inhaberpapieren jene Beschränkung nicht, da der Pfandgläubiger in solchem Falle schon vor dem Eintritte seines Befriedigungsrechtes das Recht auf Einziehung des vollen Betrages hatte und nach Eintritt seines Befriedigungsrechtes keine geringeren Rechte haben kann, als vorher.[220] Die Beschränkung nach § 1282 Abs. I Satz 2 BGB. greift aber dann Platz, wenn der Pfandgläubiger gemäß § 1282 Abs. I Satz 3 BGB. die Abtretung der Forderung an Zahlungs Statt verlangt, wozu er auch bei Order- und Inhaberpapieren nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. II BGB. befugt ist. Da aber der Pfandnehmer das volle Gläubigerrecht ausübt, wird eine Abtretung an Zahlungs Statt wohl nur bei einer Pfandbestellung an Orderpapieren nach den allgemeinen Vorschriften des § 1274 BGB. in Frage kommen.

Bei der Einziehung nach der Fälligkeit der pfandgesicherten Forderung dient das eingezogene Geld unmittelbar zur Berichtigung der durch das Pfandrecht gesicherten Forderungen. Der eingezogene Betrag geht nach § 1288 Abs. II BGB. in sein Eigentum über und insoweit gilt seine Forderung gegen den Pfandschuldner als getilgt. Einen etwaigen Ueberschuß hat der Pfandgläubiger dem Schuldner herauszugeben.

Im Gegensatz zu der Bestimmung des § 1213 Abs. II BGB. für die Verpfändung fruchttragender Sachen und des § 1289 BGB. für verzinsliche Forderungen erstreckt sich das Pfandrecht an einem W.P. gemäß § 1296 BGB. nur dann auf die zum Papier gehörigen Nebenpapiere, wie Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine, wenn diese dem Pfandgläubiger übergeben worden sind, ohne daß aber diese Uebergabe in der Form erfolgt zu sein braucht, welche bei der Verpfändung des Titels zur Anwendung gekommen ist. Es kommen hier die §§ 1205, 1206 BGB. zur Anwendung. Es wird im Zweifel auch ein Pfandrecht an den Nebenpapieren anzunehmen sein, die der Pfandgläubiger gegen einen ihm übergebenen Talon bezogen hat. Durch Vereinbarung zwischen den Parteien können aber auch die Scheine von der Pfandhaftung ausgeschlossen werden.[221] Regelmäßig wird sich der Pfandgläubiger bei der Pfandbestellung die Scheine mit übergeben lassen, da sonst später das Befriedigungsrecht des Gläubigers aus dem Hauptpapier wesentlich erschwert werden würde. Eine Verpflichtung des Pfandbestellers zur späteren Uebergabe der Scheine an den Pfandgläubiger des Hauptpapiers behufs Ermöglichung des Pfandverkaufs der letzteren ist im Gesetze nicht vorgesehen und daher zu verneinen.[222] Bei verpfändeten Aktien ist, wenn zu diesen be-

---

220) Komm. R.G.R. Anm. 1 zu § 1294 BGB.; JurW. 1925 S. 1523 Nr. 3.

221) RG. 23, 268.

222) Liebelt § 9 S. 54 gegen Wenzel § 5 S. 27.

sondere Gewinnanteilscheine nicht ausgegeben sind, die Dividende regelmäßig mitverpfändet, da das Dividendenrecht in der Aktie mitverbrieft ist.[223]) Hinsichtlich der Dividenden greift dann das Einziehungsrecht gemäß § 1294 BGB. Platz. Die Nebenpapiere können aber aus der Pfandhaftung ausscheiden. Nach § 1296 Satz 2 BGB. kann nämlich der Verpfänder, sofern nicht ein anderes (d. h. eine bedingungslose Haftung der Nebenpapiere vereinbart ist) bestimmt ist, die Herausgabe derselben verlangen, soweit sie fällig werden, bevor die Forderung des Pfandgläubigers ganz oder zum Teil fällig geworden ist oder wenn letztere Fälligkeit zwar eingetreten ist, aber die Forderung des Pfandgläubigers nicht auf Geld lautet und noch nicht in eine Geldforderung übergegangen ist, dann kann der Pfandschuldner die Leistungen aus diesen Papieren beziehen. Diese werden von dem Pfandrecht durch ihre Rückgabe frei, nicht schon ohne weiteres mit ihrer Fälligkeit.[224]) Wegen der sich aus § 1296 Satz 2 BGB. ergebenden Herausgabeverpflichtung des Pfandgläubigers findet § 1294 BGB. keine Anwendung. Das Gesagte gilt aber nur, wenn die Nebenpapiere mit dem Titel verpfändet sind, bei selbständiger Verpfändung derselben bewendet es bei der allgemeinen Regel. Dem Pfandgläubiger wird man das Recht zur Erhebung neuer Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheine zubilligen müssen. Wenn keine Zinsscheine ausgegeben worden sind, so erstreckt sich das Pfandrecht an dem Papier nach § 1289 BGB. ohne weiteres auch auf die Zinsforderung, nicht dagegen auf Gewinnanteile, da in § 1289 BGB. nichts über diese bestimmt ist.[225])

Bei der Bestellung eines Pfandrechtes an W.P. hat der Pfandgläubiger nach § 1215 BGB. die Verpflichtung, die verpfändeten W.P. zu verwahren. Die Verwahrungspflicht kann durch vertragsmäßige Abmachungen zwischen den Parteien im einzelnen geregelt werden. Ist eine Vereinbarung nicht getroffen, so kommen die Bestimmungen über den Verwahrungsvertrag zur Anwendung. Der Pfandgläubiger haftet dann für die im Verkehr erforderliche Sorgfalt, bzw. nach § 347 Abs. I HGB., wenn der Verpfändungsvertrag für den Pfandgläubiger ein Handelsgeschäft ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes. Der Pfandgläubiger hat nur dann eine Verwahrungspflicht, wenn er unmittelbarer Alleinbesitzer der Papiere ist. Er wird dann, wenn dadurch keine besonderen Kosten verursacht werden, alle Handlungen vornehmen müssen, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge erforderlich werden, z. B. fällige Zinsen abheben müs-

---

223) Staub, Anm. 37 zu § 368 HGB.; RG. 42, 157; Staudinger, Anm. 3 zu § 1296 BGB.

224) Staub, Anm. 37 zu § 368 HGB., und Liebelt S. 54 gegen Cosack, BGB. Bd. II S. 916 und Düringer-Hachenburg.

225) Staudinger, Anm. 2 zu § 1296 BGB.

sen usw. Damit ist neben der Verwahrungspflicht gleichzeitig eine gewisse Verwaltungspflicht gegeben. Dies trifft vor allem für einen Bankier zu, der auch verpflichtet ist, die ihm verpfändeten Lose zu kontrollieren oder Aktien, die zusammengelegt werden, zur Abstempelung vorzulegen. Die Verwahrungspflicht nach den Vorschriften des BGB. kann, wie bereits gesagt, durch Parteivereinbarung, z. B. in den allg.G.B., ausgeschlossen oder beschränkt werden. So kann z. B. nach den vorhergehenden Ausführungen gemäß § 2 Dep.Ges. der Pfandgläubiger ermächtigt werden, an Stelle der verpfändeten W.P. gleichartige zurückzugewähren. Er erwirbt in diesem Falle ein Pfandrecht an der Forderung auf Rückerstattung. Wenn der Pfandgläubiger aber nicht ermächtigt ist, die verpfändeten Papiere in genere zurückzugewähren, so muß die Bank nach § 13 Dep.Ges., wenn ihr Inhaberpapiere mit Ausnahme von Banknoten und Papiergeld als Pfand übergeben worden sind, sowohl die Papiere unter äußerlich erkennbarer Bezeichnung jedes Verpfänders gesondert von ihren Beständen und von denen Dritter aufbewahren [226]), als auch ein Handelsbuch führen, in dem die einzelnen Papiere nach allen Unterscheidungsmerkmalen einzutragen sind. Nur dann kann die Eintragung nach § 1 Dep.Ges. unterbleiben, wenn die Papiere zurückgegeben sind, bevor die Eintragung bei ordnungsmäßigem Geschäftsgang erfolgen konnte. Der Verpfänder hat zwar keinen privatrechtlichen Anspruch auf die Einhaltung dieser Vorschriften, doch wird der Pfandgläubiger, wenn er seinen Verpflichtungen vorsätzlich nicht nachkommt, im Falle der Konkurseröffnung über sein Vermögen mit Gefängnis bestraft.

Ferner kann für die Verwahrungspflicht des Pfandgläubigers § 8 Dep.Ges. in Betracht kommen, aber nur in beschränktem Umfange, da der Pfandgläubiger die Papiere, wenn nichts anderes vereinbart ist, bei sich aufbewahren muß und Verwaltungsakte selbst vorzunehmen hat. [227])

Bei Orderpapieren und bei Inhaberpapieren sind die obligatorischen Verpflichtungen, welche dem Pfandgläubiger durch die ihm obliegende Verwahrungspflicht auferlegt sind, die gleichen (§ 1273 Abs. II Satz 2 und § 1215 BGB.).

Sind W.P. verpfändet worden, so hat der Pfandgläubiger aber nicht nur eine Verwahrungspflicht, sondern unter Umständen eine Erhaltungspflicht. Hiernach kann er dementsprechend auch verpflichtet sein, verpfändete Effekten bei drohendem Kursverlust zu veräußern und durch andere Werte zu ersetzen. Diese Verpflichtung kann unter Umständen so weit gehen, daß der Pfandgläubiger auch

---

226) Hierüber Jacobsohn in JurW. 1928 S. 2234 Anm. 30b.
227) Wenzel S. 23.

ohne Anregung seines Pfandschuldners von sich aus auf die Erhaltung des Pfandes bedacht sein muß. Die erforderlichen Maßnahmen hat er dann selbständig zu treffen oder sich deswegen mit dem Pfandschuldner in Verbindung zu setzen.[228]) Besonderheiten können sich hier aber auf Grund von allg.G.B. im Bankverkehr ergeben. Vielfach enthalten die G.B. die Bestimmung, daß im Falle der Entstehung des Pfandrechtes an den W.P. des Kunden die Bank von der Ueberwachungspflicht befreit und es ausschließlich Sache des Kunden sein soll, die von der Veränderung des Pfandes oder dergleichen drohenden Nachteile abzuwenden. In einem solchen Falle kann die Bank kein Vorwurf treffen, wenn sie bei der Erhaltung der Pfandwerte unsachgemäß verfahren ist, da die Erhaltung Aufgabe des Kunden war.[229])

Sind dagegen keine vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Parteien in dieser Richtung getroffen worden, dann kommen die folgenden allgemeinen Regeln zur Anwendung.

Ist nach der Bestellung des Pfandrechtes der Verderb oder eine wesentliche Minderung des Wertes des Pfandes zu besorgen, dann ist nach § 1218 BGB. der Verpfänder berechtigt, von dem Pfandgläubiger die Rückgabe des Pfandes gegen anderweite Sicherheit zu verlangen. Der Pfandgläubiger ist bei Besorgung einer wesentlichen Minderung eines Pfandes auch verpflichtet, auf Verlangen des Verpfänders bei Ersatz der Papiere durch anderweitige Sicherheitsleistung mitzuwirken (§§ 1218, 242 BGB.).[230])

Bei Inhaberpapieren kommt in erster Linie die Besorgnis der Minderung des Wertes in Betracht. Eine Wertminderung kann bei äußerlicher Unversehrtheit des Papiers dadurch eintreten, daß ein wesentliches Fallen des Kurses zu erwarten ist, oder daß die Zahlungsfähigkeit des Schuldners aus dem Papier sich mindert, bzw. ein Bankerott des Schuldners droht. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 1218 BGB. ist aber, daß die Minderung noch in der Zukunft liegt und wesentlich ist. In letzterer Beziehung ist nicht die evtl. Gefährdung der Sicherheit des Pfandgläubigers, sondern lediglich das Interesse des Verpfänders unter Berücksichtigung des Charakters des verpfändeten Papiers von Bedeutung. Bei einem Staatspapier kann ein geringes Sinken des Kurses schon eine wesentliche Wertminderung darstellen, während dies bei einer Aktie regelmäßig nicht der Fall zu sein pflegt.

Der Pfandgläubiger hat bei einer Wertminderung eine entsprechende Befugnis wie der Verpfänder, nur muß bei ihm noch hinzukommen, daß seine Sicherheit gefährdet ist (§ 1219 BGB.). Das

---

228) RG. 109, 182 und 110, 401/02.

229) Urteil des RG. vom 28. Mai 1927 in L. Z. 1927 Sp. 1339/40.

230) RG. vom 3. Dez. 1920 in Bankarchiv 1921 (20. Jahrg.) Nr. 13 S. 200.

Pfandrecht muß also schon zur Entstehung gekommen sein, nicht dagegen ist Fälligkeit der zu sichernden Forderung erforderlich. Reichen die verpfändeten Papiere trotz Kurssturzes zur vollen Befriedigung des Pfandgläubigers aus, so fehlt die Voraussetzung der Gefährdung der Sicherheit.[231]) Sind die Voraussetzungen für die Gefährdung der Sicherheit vorhanden, so darf der Pfandgläubiger die verpfändeten Papiere öffentlich versteigern lassen, bzw. dann, wenn sie einen Markt- oder Börsenpreis haben, nach § 1221 BGB. den Verkauf durch einen zu solchen Verkäufen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zum laufenden Preise bewirken lassen. Vorausgehen muß aber in beiden Fällen eine Androhung und eine Fristsetzung zur Leistung anderweitiger Sicherheit. Der Verpfänder hat nach dem Verkaufe den Besteller hiervon zu benachrichtigen. Die allgemeinen, für das Pfandrecht an beweglichen Sachen geltenden Regeln kommen zur Anwendung.[232])

Bei der Wertminderung bei Orderpapieren verhält es sich hinsichtlich der Voraussetzungen des Rückgabeanspruches des Verpfänders ebenmäßig wie bei Inhaberpapieren, jedoch geht der Anspruch nicht bloß wie bei Inhaberpapieren nur auf die Rückgabe des verpfändeten Papiers, sondern auf die Rückgabe des auf den Verpfänder indossierten Papiers. Die Befugnis zur öffentlichen Versteigerung aus § 1219 BGB. steht ihm nicht zu, da diese Bestimmung auf das Pfandrecht an Rechten nicht anwendbar ist.[233]) Er kann sich aber dadurch sichern, daß er die Forderung einzieht, wenn dies möglich ist, oder das Papier, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, zu diesem verkaufen läßt. Dazu ist er nach den §§ 1294 und 1295 BGB. berechtigt.[234])

Ist bei Rektapapieren eine Wertminderung zu besorgen, so ist der Verpfänder nur befugt, die einfache Rückgabe des Papiers gegen anderweitige Sicherheitsleistung zu verlangen.

Zwischen den Parteien kann aber auch für den Fall der Wertminderung der verpfändeten Papiere die sogenannte Surrogierungsklausel vereinbart werden. Diese ist dahin zulässig, daß an Stelle einzelner fortfallender Pfandstücke ohne weiteres bestimmte Ersatzstücke treten sollen.[235])

Es fragt sich schließlich noch, welche Wirkungen der Konkurs des Verpfänders oder des Pfandgläubigers

---

231) Wenzel § 4 S. 25.

232) Bezüglich der Frage des Ersatzes für verlorengegangene Papiere vgl. RG. 52, 132/33: Urteil vom 4. Juli 1902.

233) Vgl. Staudinger, Anm. 2c zu § 1273 BGB. und Wenzel S. 48/49.

234) Wenzel S. 49 und Staub, Anm. 35a zu § 368 HGB.

235) RG. 53, 218.

auf die verpfändeten W.P. hat. Fällt der Kunde in Konkurs, so wird der Konkursverwalter die Uebertragung des Eigentums an den Effekten verlangen. Bei einem Anschaffungsgeschäft ist es gleichgültig, ob der Kunde den Anschaffungspreis bar bezahlt und dadurch erfüllt hat, oder ob er sein Konto belastet hat. Das Kontokorrentverhältnis wird beendet und es erfolgt eine vorzeitige Verrechnung. Die Bank muß die Effekten in die Konkursmasse bringen, ohne daß sie ein Absonderungsrecht, ausgenommen ein solches wegen ihrer Forderungen aus Kommissionsgeschäften, geltend machen kann. Dies läßt sich jedoch dadurch vermeiden, wenn gleich nach der Anschaffung der Stücke Eigentum auf den Kunden übertragen wird. Erst mit der Eigentumsübertragung entsteht das vertragsmäßige Pfandrecht an den im Depot bleibenden Stücken. Wird ein Pfand herausverlangt, so kommt die Einrede der Einbehaltung bis zur Befriedigung der pfandgesicherten Forderung in Betracht. In diesem Falle darf dem Aussonderungsanspruche nur Zug um Zug gegen Zahlung stattgegeben werden. An Stücken, die von vornherein von seiten des Kunden der Bank zur Sicherheit für ihre Forderungen übergeben und verpfändet werden, wird, wenn nach § 2 Dep.Ges. ausdrücklich vereinbart ist, daß die Bank jederzeit über die Papiere verfügen könne, die Bank im Augenblicke der Verfügung gemäß § 700 BGB. Eigentümerin der Stücke, so daß sie nur die Verpflichtung zur Rückgewähr gleichartiger Stücke hat. Hiermit erlischt aber wiederum das vertragsmäßige Pfandrecht. An diesen Stücken kann sich die Bank auch nicht wegen ihrer Forderungen aus Kommissionsgeschäften befriedigen.[236]) Im Konkurse des Miteigentümers beim Sammeldepot übt dessen Rechte der Konkursverwalter nach Maßgabe des § 16 K.O. aus.

Da bei einem durch Vollindossament indossierten Wechsel der Verpfänder nicht zum Wechselschuldner des Pfandnehmers wird, so findet im Konkurse des Verpfänders, wenn der Pfandgläubiger nicht persönlicher Gläubiger ist, weder § 64 K.O. noch § 68 K.O. Anwendung. Im Falle des Konkurses des Pfandgläubigers kann der Verpfänder das Papier herausverlangen.

Gerät die Bank in Konkurs, so werden beim Bankverwahrungsgeschäft, also im wichtigsten Falle, für die Aussonderung des Hinterlegers im Konkurse der Bank die Unterschiede zwischen Sonder-, Summen- und Sammeldepot, ferner auch im Falle eines Kautionsdepots maßgebend. Beim Sonderdepot hat der Hinterleger nach § 43 K.O. ein Aussonderungsrecht, da die Papiere der Bank nicht gehören. Der Depotkunde macht dann das Aussonderungsrecht kraft seines Eigentums geltend. Er hat auch ein Ersatzaussonderungs-

236) Callmann in Bankarchiv 1906 (5. Jahrg.) Nr. 23 S. 279.

recht nach § 46 K.O. Beim Sammeldepot entsteht wegen des Bruchteilsmiteigentums dem Hinterleger ein dementsprechendes Anteilsaussonderungsrecht. Beim Summendepot ist der Summendepotgläubiger bloßer Konkursgläubiger, falls der Verwahrer nach Maßgabe der Vorschriften des § 700 BGB. (§ 2 Dep.Ges.) Eigentum erworben hatte. Handelt es sich um ein Kautionsdepot, so ist ein Aussonderungsrecht nach oder gegen Erfüllung der gesicherten Forderung denkbar, und zwar nicht nur in den Fällen der Sicherung durch eigentliche Verpfändung, sondern auch in den Fällen einer Uebereignung zu treuen Händen. Werden Ersatzpapiere an Stelle der verpfändeten W.P. gesondert als Depot des Verpfänders vom Pfandgläubiger verwahrt, so können sie unter dem Gesichtspunkte der §§ 181, 930 BGB. Eigentum des Verpfänders geworden und dementsprechend seiner Aussonderung unterworfen sein.[237])

Besonderheiten bestehen aber dann, wenn ein Kunde die Papiere in ein Sammeldepot eingeliefert hat. Der Konkursverwalter muß dann das Aussonderungsrecht des Kunden beim Sammeldepot geltend machen, indem er dem Kunden dessen Anteil beim Sammeldepot zur Verfügung stellt.[238]) Der Sammeldepotkunde kann diesen Anspruch auch unmittelbar geltend machen (§§ 868, 931 BGB.). Da der Bruchteil eines Miteigentums sich nach dem Wertverhältnis zwischen Einlage und Gesamtvorrat bestimmt, muß bei Unzulänglichkeit des noch vorhandenen Bestandes der Ausfall anteilsmäßig von den Einlieferern getragen werden. Soweit eine Auslieferung von Stücken undurchführbar ist, hat der Konkursverwalter des Sammelverwahrers den Bestand zu verwerten und den Erlös anteilsmäßig auszuzahlen (§ 753 BGB.). Zu beachten ist bei der Sammelverwahrung die Vorschrift des § 7a des Dep.Ges. Diese Vorschrift darf bei dem Anschaffungsgeschäft nicht dahin ausgelegt werden, daß der Tatbestand des § 7a Dep.Ges. dann nicht gegeben sei, wenn das Einkaufskommissionsgeschäft nicht auf Verschaffung von Stücken, sondern auf Verschaffung eines entsprechenden Anteils am Sammeldepot der gekauften Art zielt.[239]) Es ist vielmehr anzunehmen, daß § 7a Dep.Ges. auch auf Kunden Anwendung findet, die Aktien kaufen und auf Sammelkonto gutschreiben lassen.[240])

Es ist weiter zu untersuchen, wie sich die Rechtslage des Depotkunden im Falle des Konkurses der Bank gestaltet, wenn die Bank die Papiere beim Kassenvereinsammeldepot eingeliefert hat. Der Konkursverwalter (§ 6 K.O.) kann hier zwar den Anspruch auf

---

237) Jaeger, Komm. z. K.O., 6./7. Aufl. 1931, Anm. 29 zu § 43 K.O.

238) Staub, Anm. 58a zu § 424 HGB. S. 830.

239) Opitz u. Schultz in Bankarchiv 1925, Sonderbeilage Nr. 16 S. 6.

240) Rießer, Anm. 6 zu § 7 S. 109 und ausführlich Anm. 5 zu § 8 S. 236/37.

Aushändigung der ganzen Depotbestände des Gemeinschuldners beim Kassenverein geltend machen und muß dies auch für die Depotkunden des Bankiers in Wahrnehmung der Rechte dieser aus dem Verwahrungs- und Verwaltungsvertrage tun. Denn dem Depotkunden, nicht dem Gemeinschuldner gehört der Miteigentumsanteil. Aber er darf nur diejenigen Bestände der Masse zuführen, die sich als eigene Bestände des Gemeinschuldners ergeben. Die Kundendepotbestände muß er aussondern und den Depotinhabern anteilsmäßig zur Verfügung stellen (§§ 43, 16 K.O., § 419 Abs. II HGB.).[241] Der Eigentumsherausgabeanspruch des Sammeldepotkunden besteht auch gegen den mittelbaren Besitzer und hat als Anspruch auf Abtretung des dem mittelbaren Besitzer aus dem Verwahrungsvertrage zustehenden Herausgabeanspruches Aussonderungskraft (§§ 985, 868 BGB., § 43 K.O.).[242] Da das Sammeldepot jeder Effektengattung eine selbständige Gemeinschaft ist, so muß im Falle des Konkurses des Verwahrers jedes einzelne Sammeldepotkonto für sich betrachtet werden. Hiernach gehört der eigene Anteilsbestand des Gemeinschuldners an einem Sammeldepot zur Masse, auch wenn ein anderes Sammeldepot einen Fehlbestand aufweisen würde.[243]

Gerät die Sammelstelle in Konkurs, so kann der Kunde, dessen W.P. der Sammelstelle zugeleitet werden, in deren Konkurs die Aussonderung kraft dinglichen Rechtes als Miteigentümer, und, wenn der Verwahrungsvertrag in seinem Namen abgeschlossen wurde, auch kraft persönlichen Rechtes als Hinterleger geltend machen.[244] Die für den Kunden einliefernde Bank hat einen schuldrechtlichen Aussonderungsanspruch, wenn sie den Verwahrungsvertrag in eigenem Namen mit der Sammelstelle abgeschlossen hatte.[245] Die am Giroguthaben des Bankiers sammeldepotmäßig beteiligten Kunden haben an dem Nostroanteil des Bankiers gemäß § 51 K.O. ein Absonderungsrecht wegen der auf das Miteigentum sich gründenden Forderungen, welches dem Konkursvorrecht dritter Komittenten (§ 7a Dep.Ges.) vorgeht.

---

241) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 667.
242) RG. 105, 21: Urteil vom 10. Juni 1922.
243) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 667.
244) Ascher § 18 S. 34/35.
245) Jaeger a. a. O. Anm. 43.

VI. Abschnitt.

Die Verwertung des Pfandes.

Die Verwertung des Pfandes, welche die Befriedigung des Pfandgläubigers zum Ziele hat, erfolgt gemäß § 1228 BGB. Abs. I durch Verkauf. Sobald die Verkaufsberechtigung eingetreten ist (§ 1228 Abs. II BGB.), kann der Verpfänder auch mit dem Pfandgläubiger vereinbaren, daß diesem das Eigentum an dem verpfändeten Papier zum Börsenpreise oder zu einem sonstwie festgesetzten Preise zustehen soll. Vor der Verkaufsberechtigung ist eine solche Abrede aber nach § 1229 BGB. nichtig.

Nach § 1230 Abs. IV BGB. kann, wenn nichts anderes vereinbart ist, der Pfandgläubiger diejenigen Papiere auswählen, welche verkauft werden sollen. Wenn ein Papier mit den dazugehörigen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen verpfändet ist, so darf der Pfandgläubiger, wenn der Verkauf der fälligen Zinsscheine zu seiner Befriedigung führt, nicht das Papier mit den Scheinen verkaufen, da er sonst mehr verkauft, als zu seiner Befriedigung erforderlich ist. Bei einer Aktie darf er sowohl die Dividendenscheine allein oder beide zusammen verkaufen. Der Verkauf der Dividendenscheine wird praktisch aber wohl kaum möglich sein, da ihr Wert meist noch unbestimmt ist. Jedenfalls besteht hinsichtlich der Wahl des Pfandgläubigers zwischen den einzelnen Pfandgegenständen für den Verkauf keinerlei Zwang. [246])

Der Verkauf kann im Wege der öffentlichen Versteigerung geschehen. Sie ist zulässig bei Inhaberpapieren mit und ohne Börsen- und Marktpreise (§ 1221 BGB.). [247]) Die öffentliche Versteigerung richtet sich nach den Vorschriften der §§ 1234 ff. BGB. Jedoch wird der Verkauf von Inhaberpapieren mit Börsenpreise im Wege der öffentlichen Versteigerung wohl kaum in Betracht kommen, da besonders an kleinen Orten der Erlös ein geringer wäre. § 1236 BGB. Satz 2 bestimmt daher auch, daß unter Umständen die Versteigerung an einem anderen Orte erfolgen könne. Zweckmäßigerweise wird der Gläubiger aber dann den Verkauf aus freier Hand gemäß § 1221 BGB. vornehmen, wenn er dazu auch nicht verpflichtet ist. Der Gläubiger kann zwischen den beiden Verkaufsarten wählen.

Haben die Papiere einen Börsen- oder Marktpreis, so kann nach § 1235 Abs. II BGB. der Verkauf durch einen zu solchen Verkäufen

---

246) Linsert S. 50.

247) Wenzel § 6 S. 30.

öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder durch eine zur öffentlichen Versteigerung befugte Person zu laufendem Preise erfolgen. Bei dem Börsenpreis handelt es sich nur um den an öffentlicher Börse amtlich notierten, bzw. festgesetzten Wert. Amtlich nicht notierte Inhaberpapiere haben zwar keinen Börsenpreis, aber einen Marktpreis und können daher im Wege öffentlicher Versteigerung verkäuflich sein (§ 1235 BGB.). Wird ein Inhaberpapier ohne Börsen- oder Marktpreis trotzdem nach § 1235 Abs. II BGB. verkauft, so ist der Verkauf nach § 1243 Abs. I BGB. nicht rechtmäßig und die dinglichen Rechtswirkungen aus § 1242 BGB. treten nicht ein.

Der Verkauf braucht nicht an der Börse zu geschehen. Der Pfandgläubiger muß nach § 1234 BGB. vor dem Verkaufe dem Eigentümer den Verkauf androhen und dabei den Geldbetrag bezeichnen, wegen dessen der Verkauf stattfinden soll.[248]) Erst nach Ablauf eines Monats darf der Verkauf erfolgen. Der Monat ist von dem Eintritte der Verkaufsberechtigung an zu berechnen, wenn die Androhung untunlich ist. Im Falle des § 368 HGB. ist eine Frist von 1 Woche erforderlich. Von dem Verkaufe hat der Pfandgläubiger den Eigentümer ebenso wie von dem Ergebnisse des Verkaufes unverzüglich zu benachrichtigen, sofern nicht die Benachrichtigung untunlich ist (§§ 1236, 1238 und 1241 BGB.).

Nach § 1245 kann die Befriedigung aus dem verpfändeten Papier auch im Wege eines von den Vorschriften der §§ 1234 bis 1240 BGB. abweichenden Verkaufes vor sich gehen, was z. B. durch die allg.G.B. der Banken vereinbart werden kann. Haften der Bank nach ihren allg.G.B. alle ihr in Verwahrung gegebenen W.P. als Pfand, so wird vielfach gleichzeitig in den G.B. die Bestimmung getroffen, daß die Bank zur Verwertung der gepfändeten W.P. bei Verzug des Schuldners von den gesetzlichen Vorschriften über die Pfandverwertung befreit sein soll, soweit solche Befreiung zulässig ist. Für diese Befreiung ist nicht eine besondere schriftliche Ermächtigung gemäß § 2 Dep.Ges. erforderlich, da das dort aufgestellte Formerfordernis sich nicht auf den Fall bezieht, daß die Verfügung durch den Verwahrer kraft eigenen Rechtes, z. B. eines Pfandrechtes, erfolgt. Bei einer Wechselforderung wird gemäß § 1228 Abs. II BGB. am Fälligkeitstage der Gläubiger zum Verkaufe berechtigt. Von diesem Zeitpunkte an wird auch nach § 1245 BGB. ein Verzicht auf die Beobachtung der §§ 1235 ff. und 1237 Abs. I BGB. zulässig. Eine Vereinbarung auf Grund der allg.G.B., daß der Verkauf nicht durch einen öffentlich ermächtigten Handelsmakler oder eine andere zur öffentlichen Versteigerung befugte Person bewirkt werden könne, daß ferner Zeit und Ort der Versteigerung nicht öffentlich bekannt-

---

248) Linsert S. 50.

gemacht werden brauchte, ist daher möglich. Damit werden der Bank aber nicht stillschweigend weitergehende Befugnisse eingeräumt. An die Erklärung, durch welche Befreiung von den Beschränkungen des Pfandverkaufes eingeräumt werden, ist ein strenger Maßstab anzulegen, da die Vorschriften über den Pfandverkauf der Sicherung des Eigentums des Verpfänders dienen. [249])

Der Eigentümer kann jedoch nicht vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung auf die Beobachtung der Vorschriften der §§ 1235, 1237 Satz 1 und 1240 BGB. verzichten, also darauf, daß der Verkauf eines Inhaberpapiers ohne Börsen- oder Marktpreis durch öffentliche Versteigerung bewirkt wird. Jedoch kann er bei einem Inhaberpapier mit Börsen- oder Marktpreis auf eine der beiden gemäß § 1235 BGB. dem Pfandgläubiger zustehenden Verkaufsarten verzichten. Dies ergibt sich aus dem Zweck der Vorschrift des § 1245 Abs. II BGB., welche nur den Interessen des Eigentümers dienen soll. [250])

Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkaufe einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er nach § 1233 Abs. II BGB. den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen. In Betracht kommt hier § 831 ZPO. Die Papiere sind dann, wenn sie einen Börsen- oder Marktpreis haben, von dem Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen. Bei Papieren ohne Börsen- oder Marktpreis erfolgt die Versteigerung nach den allgemeinen Bestimmungen.

Der Verkauf nach § 1233 Abs. II BGB. unterscheidet sich von dem nach § 1235 Abs. II BGB. dadurch, daß die Wartefrist wegfällt (§ 1234 Abs. II BGB., 368 HGB.), ferner auch dadurch, daß der Verkauf nach § 1233 Abs. III BGB. von Amts wegen durch den Gerichtsvollzieher betrieben wird. Dieser hat auch zu prüfen, ob die Voraussetzungen des Verkaufes vorhanden sind.

Der Pfandgläubiger kann unter den drei vorerwähnten Befriedigungsarten wählen, anders aber, wenn die Einziehung des Papiers möglich ist, weil Inhaberpapiere, die eingezogen werden können, sich nicht im Börsenhandel befinden und daher in der Regel auch nicht im sonstigen Verkehr lieferbar sind. [251]) Die Befriedigung durch Einziehung ist dem Gläubiger aber nicht immer möglich, da in vielen Fällen die Kündbarkeit der Forderung aus dem Papier durch den Gläubiger ausgeschlossen ist (z. B. bei Staatsschuldverschreibungen). Die Einziehung ist unter Umständen möglich bei Aktien,

---

249) JurW. 1927 S. 1467: Urteil des RG. vom 12. März 1927.
250) Wenzel S. 32.
251) Wenzel S. 34.

bei ausgelosten Staatsschuldverschreibungen, bei Pfandbriefen und bei fällig gewordenen Zins-, Renten- und Gewinnanteilscheinen.

Nach § 1294 BGB. hat der Pfandgläubiger zum Zwecke seiner Befriedigung das Recht, einen Wechsel oder ein anderes Papier, das durch Indossament übertragen werden kann, einzuziehen, auch wenn die Voraussetzungen des § 1228 Abs. I BGB. noch nicht eingetreten sind.[252] Der Pfandgläubiger ist erforderlichenfalls auch zur Kündigung befugt. Zur Einziehung legitimiert ist nur der Pfandgläubiger, der nach dem Indossament Gläubiger aus dem Papier ist, wenn er gleichzeitig auch Alleinbesitzer ist. Anderenfalls steht ihm die Einziehungsbefugnis erst nach dem Eintritte der Verkaufsberechtigung zu, da die Einziehung gegen Aushändigung des Papiers erfolgt. Der Pfandgläubiger hat nicht das Recht, die Einräumung des Mitbesitzes zum Zwecke der Einziehung vor der Fälligkeit seiner Forderung zu verlangen. Bei der Einziehung der Forderung aus dem Papier handelt der Gläubiger kraft eigenen Rechtes. Gemäß § 1285 Abs. II BGB. hat er für ordnungsmäßige Einziehung zu sorgen, beim Wechsel auch für ordnungsmäßige Präsentierung und Protesterhebung.

Da die Einziehung die Empfangnahme der aus dem Papier geschuldeten Leistung gegen Aushändigung des Papiers darstellt (Art. 39 W.O., § 364 Abs. III HGB.), ist die Befriedigung durch Einziehung nur dann möglich, wenn das Orderpapier ein Forderungsrecht verbrieft. Berechtigen Namensaktien ohne besondere Gewinnanteilscheine zur Erhebung der Gewinnanteile, so ist die Einziehung auch ohne Aushändigung des Papiers möglich.

Nach Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. II BGB. ist der Pfandgläubiger gemäß § 1295 BGB. berechtigt, das Papier nach § 1221 BGB. verkaufen zu lassen, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis besitzt. Ist die Einziehung möglich, dann ist ein Verkauf gemäß § 1295 BGB. zunächst ausgeschlossen. Ein vor dem Eintritt der Voraussetzungen des § 1228 Abs. II BGB. erfolgter Verkauf ist nicht rechtmäßig (§ 1243 Abs. I BGB.).[253]

Neben den beiden vorerwähnten Befriedigungsarten kann sich der Pfandgläubiger nach § 1277 BGB. auch noch auf Grund eines vollstreckbaren Titels befriedigen, und zwar nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften. Voraussetzung ist hierfür das Vorliegen eines vollstreckbaren Titels, der gegen den Eigentümer des Papiers gerichtet sein muß.[254]

---

252) Hierüber O.L.G. 44 Nr. 71 S. 246/47: Urteil des K.G. vom 2. Febr. 1925.

253) Ueber Androhung und Wartefrist vgl. Liebelt § 8 S. 51.

254) Wenzel S. 42.

Hierbei ist folgende Unterscheidung zu machen: Enthält das Papier eine einziehbare Forderung, so muß der Pfandgläubiger das Pfandobjekt dem Gerichtsvollzieher in Besitz geben (§§ 831, 809 ZPO.). Alsdann muß er unter Vorlegung eines vollstreckbaren Titels bei dem Vollstreckungsgericht die Ueberweisung zur Einziehung oder an Zahlungs Statt zum Nennwerte beantragen. Der Gerichtsvollzieher händigt dann, nachdem das Vollstreckungsgericht einen entsprechenden Beschluß gefaßt hat, dem Pfandgläubiger das Papier wieder aus. Das eine einziehbare Forderung enthaltende Papier darf also selbst dann, wenn es einen Börsen- oder Marktpreis hat, nicht durch den Gerichtsvollzieher freihändig zum laufenden Preise verkauft werden. Eine Ausnahme hiervon enthält § 844 ZPO. Regelmäßig wird der Pfandgläubiger die Ueberweisung zur Einziehung der Ueberweisung an Zahlungs Statt vorziehen. Dann ist aber für ihn die Befriedigung nach den für die Zwangsvollstreckung geltenden Vorschriften umständlicher als die nach § 1295 BGB. gestattete Befriedigung durch Einziehung, welche zu dem gleichen Ergebnisse führt.[255])

Handelt es sich um ein Orderpapier, das keine einziehbare Forderung enthält (z. B. vinkulierte Namensaktien), so findet die Befriedigung gemäß § 821 ZPO. statt. Haben hiernach die Orderpapiere einen Börsen- oder Marktpreis, so hat sie der Gerichtsvollzieher aus freier Hand zum Tageskurse zu verkaufen. Diese Berechtigung gibt dem Pfandgläubiger aber bereits § 1295 BGB. in Verbindung mit § 1221 BGB.

Verkörpern die Orderpapiere weder eine einziehbare Forderung, noch haben sie einen Börsen- oder Marktpreis, so muß der Gerichtsvollzieher das ihm übergebene Papier nach den allgemeinen Vorschriften für die Versteigerung von beweglichen Sachen versteigern.

Hinsichtlich der Dispositionspapiere besteht wegen ihrer speziellen sachenrechtlichen Natur die Besonderheit, daß der Pfandgläubiger auch die Ware wie jedes bewegliche Pfand verkaufen kann, sobald die Voraussetzungen des Pfandverkaufes vorliegen.[256])

Auch beim Sammeldepot ist im allgemeinen die Verwertung des Pfandes nach allg.G.B. vereinfacht. Die Verwertung erfolgt hier nach § 857 Abs. V, § 844 ZPO. durch freihändigen Verkauf an der Börse oder durch Versteigerung.[257]) Ferner ist der Weg möglich, den Anspruch auf Auslieferung einer dem Anteile entsprechenden Anzahl von W.P. zu pfänden (§§ 846, 847, 929 ZPO.). Die Verwertung findet dann nach § 847 Abs. II, 821 ZPO. durch freihändigen Verkauf

---

255) Wenzel S. 52.

256) Felsmann S. 47.

257) Hierüber ausführlich Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 479 und Bankarchiv 1925, Sonderbeilage Nr. 16 S. 9.

der W.P. statt.[258]) Geht der vollstreckbare Titel auf Herausgabe einer bestimmten Menge von W.P. (§§ 884, 883 ZPO.), so ist weder die Pfändung eines Sammeldepotanteiles noch die des Anspruches auf Herausgabe von W.P. möglich, da § 886 ZPO. in beiden Fällen nicht anwendbar ist. Der Gläubiger muß in diesem Falle dafür sorgen, daß der vollstreckbare Titel auch auf die Leistung des Interesses sich erstreckt (§ 893 ZPO.).[259])

Das Pfandrecht an Order- und Inhaberpapieren endet in derselben Weise wie sonst bei beweglichen Sachen oder an Rechten, also mit dem Erlöschen der pfandgesicherten Forderung, jedoch geht das Pfandrecht durch Untergang des Papiers nicht unter, vielmehr ist der Pfandgläubiger zu dem Antrage auf Amortisation berechtigt (Art. 73 W.O., §§ 228 Abs. I, 365 Abs. II HGB. und §§ 799, 800 BGB.). Ferner kann das Pfandrecht durch Rückgabe des verpfändeten Papiers untergehen (§§ 1253, 1278 BGB.), d. h., wenn der Pfandgläubiger dem Verpfänder seinen Besitz an der Sache überträgt.[260]) Hierbei ist zwischen Orderpapieren und Inhaberpapieren zu unterscheiden. Bei den Orderpapieren geht das Pfandrecht durch Rückgabe nur dann unter, wenn das Papier mit einem Blankoindossament oder mit einem auf den Namen des Verpfänders lautenden Indossament versehen ist. Bei einer vorherigen Verpfändung durch Vollindossament ist Rückindossierung auf den Verpfänder erforderlich.

Bei Inhaberpapieren genügt stets einfache Rückgabe. Die gepfändeten Papiere sind in specie, nicht in genere zurückzugewähren, wenn nicht der Pfandnehmer zu letzterem ausdrücklich und schriftlich befugt worden ist (§§ 1 und 2 Dep.Ges.; vgl. auch § 1296 BGB.).[261])

---

258) Ascher § 8 S. 22—24.
259) Opitz u. Schultz in JurW. 1926 S. 480.
260) M. Wolff in Iherings Jahrb. Bd. 44 S. 202.
261) Liebelt § 10 S. 57/58.

Lebenslauf.

Am 17. Juni 1901 wurde ich, Heinz Thewalt, Sohn des Rechtsanwaltes Justizrat Jakob Thewalt und seiner Ehefrau Wilhelmine geb. Schröder, zu Trier a. d. Mosel geboren. Von meinem sechsten bis zu meinem zehnten Lebensjahre erhielt ich den ersten Unterricht an der Volksschule zu Trier. Im Anschlusse hieran ging ich auf das Gymnasium und legte am 22. Juli 1921 meine Abiturientenprüfung an dem humanistischen Gymnasium zu Andernach am Rhein ab.

Nach Ablegung der Abiturientenprüfung begab ich mich nach Hamburg, um mich dem kaufmännischen Berufe zu widmen. Am 1. November 1921 trat ich in einer Exportfirma in Hamburg als Lehrling ein und beendete dort am 31. September 1923 meine Lehrzeit. Von dieser Zeit an war ich bis zum 31. Mai 1925 in verschiedenen Hamburger Handelshäusern als Angestellter, zuletzt als Abteilungsleiter tätig.

Im Oktober 1925 begann ich meine juristischen Studien. Nach Besuch der Universitäten Genf, Berlin und Münster legte ich am 23. Mai 1930 an dem Oberlandesgericht zu Hamm (Westfalen) meine erste juristische Staatsprüfung mit ausreichendem Erfolge ab. Am 13. Juni 1930 wurde ich zum Referendar ernannt und begann meine Tätigkeit im Vorbereitungsdienst am 19. Juni 1930 an dem Amtsgericht zu Saarburg. Daran anschließend war ich am Landgericht in Trier tätig. Zur Zeit befinde ich mich zum Zwecke meiner Ausbildung bei der Rechtsanwaltschaft in Hamburg.

Am 21. Dezember 1931 bestand ich die Doktorprüfung.